Die Verfolgung Unschuldiger

(§ 344 StGB.).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

K. Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt

von

Ulrich Schmidt
Gerichtsassessor.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Tübingen
Druck von H. Laupp jr
1911

Genehmigt auf Antrag des Referenten
Professor Dr. Beling
am 25. November 1911.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung: der gesetzgeberische Grundgedanke 1

A. Allgemeiner Teil.

I. Der Tatbestand des Delikts.

§ 2. 1. Unschuld, Unschuldiger 2
§ 3. 2. Untersuchung 10
§ 4. 3. Nachteil für den Unschuldigen 24
§ 5. 4. Beamter als Täter 33
§ 6. 5. Eröffnung und Fortsetzung, beantragen und beschließen . 35
§ 7. II. Die Rechtswidrigkeit 43
§ 8. III. Der Vorsatz 48
§ 9. IV. Vollendung und Versuch 49
§ 10. V. Teilnahme 50
§ 11. VI. Verhältnis zu anderen Strafgesetzen 50

B. Besonderer Teil.

§ 12. I. Das ordentliche Verfahren der Strafprozeßordnung . . . 58
§ 13. II. Besondere Arten des Verfahrens nach StPO. 62
§ 14. III. Verfahrensarten außerhalb der StPO 64
§ 15. Schluß: Abänderungsvorschläge und Vorentwurf 67

Literatur.

Archiv für Strafrecht (Goltdammers Archiv).
Beling, Grundzüge des Strafrechts, 3. Aufl., 1905.
Beling, Lehre vom Verbrechen, 1906.
Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1910.
Bennecke-Beling, Lehrbuch des Reichsstrafprozeßrechts, 1900.
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl., 1898.
Binding, Handbuch des deutschen Strafrechts, 1. Bd., 1885.
Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, 1902/05.
Binding, Das Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung (Ger.-Saal Bd. 64, S. 1 ff.).
van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, 1891.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5.—7. Aufl., 1908.
Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, 1911.
Goltdammer, Materialien zum Preuß. Strafgesetzbuch.
Hälschner, Gemeines Deutsches Strafrecht, 2 Bde., 1881—87.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht.
Koppmann, Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung.
Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 4. Aufl., 1901.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl., 1910.
Löwe-Hellweg, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 12. Aufl., 1897.
Meves in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, 1871.
H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl., 1895.
H. Meyer, Dasselbe, 6. Aufl., 1907 (herausgeg. von Allfeld).
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., 1910.
Oppenheim, Die Rechtsbeugungsverbrechen des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs, Leipzig, 1886.
Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Aufl., 1901.
Ostern, Die Alternativität bei strafprozessualen Willenserklärungen, Breslau (strafrechtliche Abhandlungen), 1902.
Rubo, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1879.
Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 4. Aufl., 1892.
v. Schicker, Polizeistrafrecht und Polizeistrafverfahren im Königreich Württemberg, 3. Aufl., 1899.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1874.
v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5. Aufl., 1884.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, 1906/07 (§ 336 von Ullmann, §§ 343, 344 von Köhler bearbeitet).
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, mit Begründung, Berlin, 1909.
Wertheimer, Die Mischgesetze des deutschen Strafgesetzbuchs, Breslau (strafrechtliche Abhandlungen) 1903.

§ 1.

Einleitung.

Der gesetzgeberische Grundgedanke.

§ 344 StPO. bestimmt:

„Ein Beamter, welcher vorsätzlich zum Nachteile einer Person, deren Unschuld ihm bekannt ist, die Eröffnung oder Fortsetzung einer Untersuchung beantragt oder beschließt, wird mit Zuchthaus bestraft."

Was ist nun der Zweck, der mit dieser Strafbestimmung verfolgt wird, welches das Interesse, das damit geschützt werden soll? —

Die Antwort lautet: durch § 344 StGB. soll geschützt werden das berechtigte Interesse des Unschuldigen, d. h. desjenigen, der nicht nach materiellem Recht durch sein Verschulden gewisse Rechtsfolgen, insbesondere Strafen, verwirkt hat, daran, nicht in die Nachteile eines auf Verhängung dieser Rechtsfolgen gerichteten Prozesses, insbesondere also Strafprozesses, verwickelt zu werden.

Die Schädigungen, welcher jeder derartige Prozeß für den Betroffenen mit sich bringt, sind im wesentlichen zweifacher Art:

Einesteils sind es die mannigfachen Behelligungen, welche schon der Prozeß als solcher mit sich bringt: der Zwang zum Erscheinen vor Gericht, zur Duldung von Untersuchungshandlungen verschiedener Art (vgl. z. B. §§ 99, 102 StPO.); die Möglichkeit einer Verhaftung; Opfer an Zeit und Geld (z. B. Kosten einer Verteidigung); endlich die seelische Beunruhigung und die Gefährdung des guten Rufes. Der andere aber und der wesentlichste Nachteil für den unschuldig Verfolgten ist die Gefahr der Verhängung

materiell nicht begründeter Rechtsfolgen, die Gefahr also, kurz gesagt, der falschen Verurteilung.

Nun ist es zwar selbstverständlich nicht möglich, die — materiell unbegründete — Prozeßführung gegen Unschuldige von vornherein auszuschließen; denn der Prozeß ist ja eben dazu bestimmt, festzustellen, *ob* gegen jemand gewisse materielle Rechtsfolgen begründet sind. Aber *soweit* dies ohne Lahmlegung der Rechtspflege möglich, soll das berechtigte Interesse des Unschuldigen, mit den Nachteilen eines Prozesses verschont zu werden, geschützt sein. Diesem Zweck dienen in erster Linie die positiven Vorschriften der Prozeßgesetze über die Verfolgung strafbarer Handlungen; z. B. Einschreiten der Staatsanwaltschaft „sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen" (§ 152 StPO.); Erhebung der öffentlichen Klage bei „genügendem Anlaß" (§ 168 StPO.); Eröffnung des Hauptverfahrens auf Grund „hinreichenden Verdachts" (§ 201 StPO.); Verhaftung nur bei „dringenden Verdachtsgründen" (§ 112 StPO.). — Demselben Zweck, mißbräuchliche Prozeßführung nach Möglichkeit auszuschließen, dient aber auch die Strafbestimmung des § 344 StGB.

Die Tragweite dieses Paragraphen ist jedoch gegenüber dem hervorgehobenen Ziel in mehrfacher Hinsicht beschränkt: § 344 schützt vor allem nur den *Unschuldigen*, d. h. denjenigen, gegen den materielle Rechtsfolgen nicht begründet sind, nicht denjenigen, in dessen Person es nur an den Strafklagerechts- oder sonstigen Prozeßvoraussetzungen fehlt; § 344 dient somit auch nicht zum Schutz gegen die Prozeßbehelligung als solche — diese trifft ja auch den Schuldigen, bei dem es nur an den Prozeßvoraussetzungen fehlt, zu Unrecht —, sondern nur gegen die Gefahr der Verhängung *sachlich* unbegründeter Rechtsfolgen, und zwar sind unter diesen Rechtsfolgen nur solche zu verstehen, die geknüpft werden an eine *Schuld*, also an ein Verhalten, welches die Rechtsordnung mißbilligt, zum Vorwurf macht [1]). § 344 gewährt ferner seinen Schutz nicht gegen jeden, der — z. B. durch falsche Anzeige, Privatklage — einen sachlich unbegründeten Prozeß veranlaßt, sondern nur gegen Beamte, die ihre Amtsgewalt in der angegebenen Richtung mißbrauchen; er enthält ein *Amts-*

1) Vgl. jedoch unten S. 5.

delikt, und zwar — nach herrschender Ausdrucksweise, vgl. Olshausen, Abschn. 28 N. 1 — ein eigentliches Amtsdelikt, d. h. ein solches Delikt, welches nur vom Inhaber eines Amts begangen werden kann[1]).

Das Delikt des § 344 ist ferner ein „besonderes Amtsdelikt" (Olshausen, Abschn. 28 N. 4), d. h. ein solches, welches nur von Beamten bestimmter Art, hier den zu Untersuchungsanträgen und -beschlüssen, wie sie unten näher zu bestimmen sind, zuständigen Beamten.

Das Interesse, welchem § 344 dient, ist hienach zunächst das Interesse des einzelnen, nicht schuldlos in einen Schuldprozeß hineingezogen zu werden. Daneben besteht aber auch ein öffentliches Interesse daran, daß nicht die für den Fall einer Schuld angedrohten Rechtsfolgen einen Unschuldigen treffen, und daß nicht die staatlichen Prozeßführungsorgane ihre Amtsgewalt zu bewußt unberechtigter Prozeßführung mißbrauchen. Insofern ist das Verbrechen des § 344 nicht nur ein Verbrechen gegen den einzelnen, sondern ein Verbrechen gegen die Allgemeinheit.

A. Allgemeiner Teil.

I. Der Tatbestand des Delikts.

§ 2.

1. Unschuld, Unschuldiger.

I. Unschuldig i. S. d. § 344 StGB. ist derjenige, gegen welchen nicht nach Maßgabe des materiellen Rechts die in dem angestrengten Prozeß (der „Untersuchung") gegen ihn geltend gemachten Rechtsfolgen begründet sind.

Der Begriff der Unschuld ist hienach vor allem rein materiellrechtlich zu verstehen. Hiemit ist, wie schon angedeutet,

1) Diese Einteilung der Amtsdelikte in eigentliche und uneigentliche (nur durch die Beamtenstellung des Täters qualifizierte) wird angefochten von Oppenheim (Rechtsbeugungsverbrechen S. 20 ff.) und Binding (Das Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung, Gerichtssaal Bd. 64 S. 1 ff.), welche den sogenannten uneigentlichen Amtsverbrechen die Eigenschaft als Amtsverbrechen überhaupt absprechen; doch ist dieser Streit (wohl überhaupt ein Wortstreich) hier unerheblich, da über das Delikt des § 344 als eigentliches oder echtes Amtsdelikt ein Zweifel nicht besteht.

gegeben, daß das Fehlen von Prozeßvoraussetzungen, insbesondere den sogenannten Klagerechtsvoraussetzungen, nicht unter den Begriff der Unschuld fällt[1]).

In dem Begriff der Unschuld liegt weiter, daß es sich handelt um ein Nichtbegründetsein von Rechtsfolgen, die geknüpft sind an eine Schuld, und deren Verhängung einen Vorwurf enthält.

Hienach bleiben für den Begriff der Schuld oder Unschuld außer Betracht einerseits die bürgerlich-rechtlichen Ansprüche auf Schadensersatz und Vertragsstrafe, andererseits die nicht kriminellen Tatfolgen vorbeugender und fürsorgender Art. Die Pflicht zum Schadensersatz ist zwar nach heutigem Recht überwiegend an ein Verschulden geknüpft; aber wesentlich ist die Voraussetzung eines Verschuldens für die Auferlegung einer Schadensersatzpflicht nicht; das Gesetz knüpft diese Pflicht häufig auch an schuldlose Verursachung (Tierhalterparagraph u. a.).

Der Bußanspruch ist seinem Wesen nach als ein Fall des Schadensersatzanspruchs, sein Vorliegen daher gleichfalls nicht als „Schuld" aufzufassen.

Auf einer Linie mit dem Schadensersatzanspruch steht ferner der Anspruch auf Vertragsstrafe: sie wird von dem Parteiwillen, auf dem sie beruht, allgemein nicht von einem Verschulden abhängig gemacht; ihrem Zweck nach ist sie dem Schadensersatzanspruch durchaus verwandt.

Weiter sind nicht als Schuldfolgen zu betrachten die nicht kriminellen Tatfolgen vorbeugender Art, deren Abgrenzung gegen die Nebenstrafen im einzelnen umstritten ist, und die mit diesen in engem Zusammenhang stehen (z. B. Einziehung und Unbrauchbarmachung, Polizeiaufsicht u. dergl.).

Schuldfolge ist demnach in der Hauptsache die Strafe; unschuldig i. S. d. § 344 StGB. ist derjenige, gegen welchen nicht der in der Untersuchung gegen ihn geltend gemachte Strafanspruch besteht.

1) Als Beispiele von Prozeßvoraussetzungen sind unumstritten: die Partei- und Prozeßfähigkeit des Beschuldigten; die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichts; Zulässigkeit der gewählten Art von Gerichtsbarkeit u. a. Streitig sind dagegen insbesondere folgende Fälle: die Ehescheidung beim Ehebruch (§ 172 StGB.); die Nichtigerklärung der Ehe (§ 238 StGB.); das Verbürgtsein der Gegenseitigkeit; die Verjährung beiderlei Art.

An erster Stelle steht die Kriminalstrafe. Sie ist grundsätzlich an eine Schuld (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) geknüpft; doch sind die Ausnahmefälle, in denen Strafe ohne Rücksicht auf ein Verschulden verhängt wird, für die Bestimmung von Schuld oder Unschuld i. S. d. § 344 StGB. nicht anders zu behandeln: auch hier, wo der Täter ohne Verschulden verantwortlich gemacht werden kann, ist unschuldig eben derjenige, gegen welchen nach dem materiellen Strafgesetz ein Strafanspruch nicht besteht; denn auch in diesen Fällen kommt die Strafe auf einen Vorwurf hinaus, und dieser ist bei ihnen ungerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen des Strafanspruchs fehlen. Aus dem Gebiet des Strafgesetzbuchs gehören hieher die durch den Erfolg qualifizierten Delikte; z. B. ein Staatsanwalt klagt fälschlich gemäß § 224 StGB. an, unter der bewußt unwahren Behauptung, es sei eine der dort genannten schweren Folgen für den Verletzten entstanden; diese Folgen brauchen ja nicht vom Verschulden des Täters umfaßt zu sein; der Ankläger braucht daher nicht wider besseres Wissen ein unzutreffendes Verschulden zu behaupten; trotzdem ist zu sagen: der Täter ist „unschuldig" eines Vergehens i. S. d. § 224 StGB.; § 344 d. StGB. kann Anwendung finden[1]).

Den Hauptstrafen stehen in ihrer Eigenschaft als Schuldfolgen die Nebenstrafen gleich; sie haben jedoch mit den neben der Bestrafung hergehenden fürsorgenden und vorbeugenden Maßregeln, welche ihrem Wesen nach nicht für eine Schuld verhängt werden, das gemein, daß sie nicht Gegenstand eines selbständigen Verfahrens („Untersuchung") sind und aus diesem Grund hier im einzelnen außer Betracht bleiben können.

Dagegen ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung die Streitfrage, die sich über den Sinn des § 55 StGB. erhoben hat. Hier lautet die Frage: kann auch ein Kind unter 12 Jahren „schuldig" sein? — Das Reichsgericht und Olshausen bejahen, indem sie die absolute Strafunmündigkeit nur als prozessuale Unverfolgbarkeit auffassen, die Schuldfähigkeit der Strafunmündigen im einzelnen Fall, mit der Folge, daß strafbare Teilnahme, sowie Partiererei bezüglich ihrer Taten möglich sein soll.

---

1) Dieses Beispiel greift insofern vor, als es sich hiebei um einen Fall „relativer Unschuld" handelt, also einen noch zu entwickelnden Begriff.

Auch in einer Entscheidung zu § 343 StGB. (E. 25, 366) befaßt sich das Reichsgericht mit derselben Frage. Als Untersuchung i. S. d. § 343 bezeichnet das Reichsgericht hier „jedes Verfahren, welches die Ermittlung einer gesetzlich strafbaren Handlung und die Herbeiführung derjenigen Repression für dieselbe, mit der das Gesetz sie bedroht, zu seinem Zwecke hat". Aber vorausgesetzt, diese Begriffsbestimmung sei richtig, und auch die Handlungen Strafunmündiger seien „gesetzlich strafbare Handlungen", so können doch die Maßnahmen des § 55 StGB. nicht als diejenige „Repression" bezeichnet werden, mit der das Gesetz diese Handlungen bedroht. Ist auch zuzugeben, was Olshausen hervorhebt, daß auch Kinder unter 12 Jahren tatsächlich schuldfähig, deliktsfähig sein können, so ist der Grundgedanke des § 55 StGB. doch der, daß diese Kinder eben nicht Gegenstand der „Repression", d. h. der Vergeltung, sondern Gegenstand der Erziehung sein sollen; es soll also für ihre Person von Schuld oder Unschuld abgesehen werden; strafbare Handlungen, d. h. Handlungen, die strafbar wären, wenn nicht eben der Täter ein Kind wäre, sind bei ihnen nur festzustellen, insofern sie das Kennzeichen, die Voraussetzung ihrer Fürsorge- und Erziehungsbedürftigkeit i. S. d. § 55 StGB. bilden, nicht dagegen, um sie verantwortlich zu machen. Kinder unter 12 Jahren können demnach nicht „schuldig" sein; sie sind durchweg „unschuldig", so daß ein strafprozessuales Vorgehen gegen sie unter § 344 StGB. fällt, wenn dessen übrige Voraussetzungen gegeben sind.

Mit der Kriminalstrafe sind hier auf gleiche Stufe zu stellen die Ordnungsstrafe und die Disziplinarstrafe. Die Ordnungsstrafe unterscheidet sich von der Kriminalstrafe, abgesehen von dem verschiedenen Verfahren, nur durch die Geringfügigkeit der Verfehlungen, für welche sie verhängt wird, und welche um dieser Geringfügigkeit willen aus dem Kreise der „Rechtswidrigkeiten" als „Ordnungswidrigkeiten" ausgeschieden worden sind, ohne daß dadurch der Charakter der Ordnungsstrafe als einer Strafe, d. h. eines für ein Verschulden verhängten Uebels, verändert würde.

Das Disziplinarstrafrecht andererseits mag zwar nach Grund und Zweck von dem öffentlichen Strafrecht wesentlich verschieden sein, woraus sich allein auch erklärt, daß öffentliche Strafe und

Disziplinarstrafe wegen einer und derselben Tat nebeneinander verhängt werden können; darin aber, daß es mit seinen Folgen einen „Schuldigen" treffen will, stimmt es mit dem öffentlichen Strafrecht überein; auch hinsichtlich der auf beiden Gebieten möglichen Strafmittel und ihrer Schwere besteht kein grundsätzlicher Unterschied zwischen öffentlichem und disziplinarem Strafrecht. § 344 StGB. kann daher auch auf dem Gebiet des Disziplinarstrafrechts Anwendung finden.

II. Unschuld ist überall da gegeben, wo eine der den Strafanspruch (in dem eben entwickelten erweiterten Sinn) erzeugenden Tatsachen fehlt; es kann ein einzelnes dieser Elemente fehlen oder mehrere gleichzeitig, es kann auch strafrechtlich überhaupt nichts vorhanden sein: dies alles führt gleichmäßig zur Verneinung eines Strafanspruchs. So spiegelt sich in dem Begriff „Unschuld" ein wesentliches Stück der Systematik des Strafrechts wieder: ich möchte mich im folgenden, ohne dazu im einzelnen persönlich Stellung zu nehmen, an die Systematik von Beling (Grundzüge, 3. Aufl., §§ 22 ff.; Lehre vom Verbrechen) anlehnen.

Unschuldig kann hienach jemand sein, erstens mangels einer Handlung im Rechtssinn, d. h. eines vom Willen beherrschten Tuns oder Unterlassens, z. B. der Täter war sinnlos betrunken, bewegte sich im Schlaf.

Unschuld kann zweitens vorliegen mangels des behaupteten Tatbestandes, mag nun tatsächlich überhaupt kein strafbarer Tatbestand vorliegen oder ein anderer als der behauptete; z. B. Anklage erfolgt wegen fahrlässiger Tötung, tatsächlich liegt vor fahrlässige Körperverletzung oder (etwa wegen mangelnden ursächlichen Zusammenhangs) weder das eine noch das andere. Hieher gehören auch die Fälle, in denen ein Tatbestand nicht in der behaupteten Erscheinungsform vorliegt, z. B. tatsächlich nur Versuch, nicht Vollendung; nur Beihilfe, nicht Täterschaft oder Anstiftung [1]).

Unschuld ist drittens gegeben bei fehlender Rechtswidrigkeit, z. B. im Falle der Notwehr, der Amtspflicht.

Viertens beim Mangel einer Schuld überhaupt, oder wenig-

1) Das Erfordernis der Tatbestandmäßigkeit, der „numerus clausus" der Tatbestände ist aber wohl gemerkt nur dem kriminellen Strafrecht wesentlich, nicht auch der Ordnungsstrafe und der Disziplinarstrafe.

stens der behaupteten Schuldart, z. B. es wird Vorsatz behauptet, während tatsächlich entweder überhaupt keine Schuld oder wenigstens nur Fahrlässigkeit vorliegt.

Zur Schuld gehört bei einzelnen Delikten noch weiteres: so die Überlegung (§ 211 StGB.), eine bestimmte Absicht (§§ 242, 263 u. a.). Endlich gehört hieher auch die Einsicht i. S. d. §§ 56, 57 StGB.; dabei entsteht jedoch für die Anwendbarkeit des § 344 StGB. die Frage, ob die Einsicht schon bei der Beantragung oder Eröffnung einer Untersuchung zu prüfen ist, und diese Frage gehört in ein anderes Kapitel, das der Rechtmäßigkeit bezw. Rechtswidrigkeit der Untersuchungshandlungen.

Hervorzuheben ist ausdrücklich, was sich ja aus allem bisherigen ergibt, daß die Schuld im allgemein-strafrechtlichen Sinn mit der „Schuld" i. S. d. § 344 StGB. nicht zu identifizieren ist, noch überhaupt zu ihr in besonders naher Beziehung steht, daß sie vielmehr nur einen der gleichberechtigten Bestandteile bildet, welche den Strafanspruch und damit die Schuld i. S. d. § 344 StGB. erzeugen, und daß auch, wie schon erwähnt, vereinzelt ohne Schuld im allgemein-strafrechtlichen Sinn ein Strafanspruch entstehen, jemand i. S. d. § 344 StGB. schuldig werden kann. Der Schuldbegriff des § 344 ist, im Gegensatz zum materiell-strafrechtlichen, derjenige des Strafprozesses (ähnlich wie in den Fragen an die Geschworenen: „Ist der Angeklagte schuldig . . .?").

Unschuldig ist fünftens, gegen wen eine passende Strafdrohung nicht besteht; z. B. der fahrlässige Täter, wo nur vorsätzliches Handeln strafbar ist (Sachbeschädigung), oder wer sich des Versuchs eines Vergehens schuldig gemacht hat, wo dieser nicht ausdrücklich für strafbar erklärt ist.

Unschuld ist sechstens gegeben, wenn eine (sachliche) Strafdrohungsbedingung fehlt (umgekehrt, von der Ausnahme her, ausgedrückt: wenn ein sachlicher Strafausschließungsgrund vorliegt), sei es nun eine absolute (allgemeine), d. h. für alle Strafdrohungen geltende, z. B. Nichtvorliegen eines Notstandes (soweit dieser nicht die Rechtswidrigkeit ausschließt), sei es eine relative (besondere), d. h. nur für einzelne Strafdrohungen oder einzelne Gruppen von solchen geltende, z. B. die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung, bei den Konkursdelikten (von der abweichenden Meinung, insbesondere des Reichsgerichts, welches

in diesen Erfordernissen Tatbestandsmerkmale sieht, sehe ich ab). Den Bedingungen der Strafbarkeit überhaupt stehen diejenigen einer niedereren oder höheren Strafbarkeit gleich (Rückfall, qualifizierender Erfolg).

Endlich entsteht kein Strafanspruch und muß man demnach von Unschuld reden beim Fehlen einer persönlichen Strafbarkeitsbedingung, insbesondere also, wenn ein (allgemeiner oder besonderer) persönlicher Strafausschließungsgrund eingreift, z. B. Monarcheneigenschaft; §§ 11, 173 Abs. 4, 209 StGB. u. A.

Ein Rückblick zeigt, daß diese Umstände, welche das Entstehen eines Strafanspruchs hindern, also „Unschuld" herbeiführen, von einer dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechenden Auslegung des Wortes „Unschuld" sich weit entfernen. Noch mehr gilt dies, wenn man den Begriff „unschuldig", wie dies geboten ist — und zwar in direkter, nicht analoger Auslegung (letztere wäre unzulässig) — ausdehnt auf diejenigen Fälle, in denen ein Strafanspruch bestanden hat, aber nachträglich untergegangen ist; hieher gehören insbesondere die Fälle der vollzogenen Strafe und der Begnadigung, der Verjährung (beiderlei Art), des Rücktritts vom Versuch und der tätigen Reue; und zwar sowohl die Fälle völliger Straftilgung, als diejenigen nachträglicher Strafermäßigung (§ 163 Abs. 2 StGB. einerseits, § 158 andererseits).

III. Wie schon mehrfach angedeutet, ist der Begriff „Unschuld" kein absoluter, sondern ein relativer, d. h. die Unschuld muß sich beziehen auf diejenige strafbare Handlung, welche durch die Untersuchung behauptet, denjenigen Strafanspruch, welcher durch die Untersuchung geltend gemacht wird. Der geltend gemachte Strafanspruch ist einmal dann nicht begründet, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Tat überhaupt nicht begangen hat; sodann aber auch, wenn bei historischer Identität (zu beurteilen wie für § 263 StPO.) die Tat unter ein anderes als das angezogene Strafgesetz fällt. Dagegen liegt „relative Unschuld" nicht vor, wenn der Beschuldigte die behauptete Tat bei historischer Identität zwar nicht so begangen hat, wie er dessen beschuldigt ist, aber nur mit solchen tatsächlichen Abweichungen, welche die rechtliche Beschaffenheit der Tat unberührt lassen. Unschuldig ist mit anderen Worten nicht schon der rein quantitativ

in geringerem Maße Schuldige; z. B. wer 3 Mark gestohlen hat, wird nicht unschuldig angeklagt, wenn auch die Anklage behauptet, er habe unter denselben Umständen (Identität der Tat) 30 Mark gestohlen. Vielmehr ist schuldig im Sinn einer Anklage jeder, gegen den aus der ihm zur Last gelegten Tat ein Strafanspruch nach Maßgabe des angezogenen Strafgesetzes begründet ist; der Strafanspruch und damit die Schuld i. S. des § 344 StGB. ist also allein bestimmt durch das auf die Tat zutreffende Strafgesetz.

Wenn dann in der Anwendung des § 344 StGB. das „unschuldig", welches an sich gleichbedeutend ist mit „nicht in dem behaupteten Sinne, nicht des behaupteten Delikts schuldig", sich verengert zum „weniger schuldig", so ist dies nicht in den Begriff der Unschuld selbst, sondern in dem Tatbestandsmerkmal „zum Nachteil einer Person" begründet; hierauf wird weiter unter (§ 4) einzugehen sein.

§ 3.

2. Untersuchung.

I. Ehe wir dem Begriff der Untersuchung in § 344 StGB. positiv näher zu kommen versuchen, mag gleich das eine, Negative, festgestellt werden: so sehr der Strafprozeß naturgemäß als Hauptanwendungsgebiet des § 344 StGB. zu denken ist, so verfehlt wäre es doch, den Begriff der Untersuchung i. S. dieses § den Vorschriften über das Verfahren, also der Strafprozeßordnung, entnehmen zu wollen (vgl. RGE. 21, 8); denn, auf welche Arten des Verfahrens § 344 StGB. Anwendung findet, ist ja logischer Weise eben erst zu untersuchen. Schon rein historisch ist darauf hinzuweisen, daß zur Zeit der Entstehung des StGB. die StPO. und ein einheitlich geordnetes Strafverfahren überhaupt noch nicht bestanden.

Immerhin mag in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen werden, ob die Strafprozeßordnung überhaupt einen bestimmten Begriff der „Untersuchung" kennt. An verschiedenen Stellen findet sich dieser Ausdruck: § 151 spricht von „gerichtlicher Untersuchung"; § 154, aber durchaus in derselben Bedeutung, von „Untersuchung" schlechthin; beide im Zusammenhang mit der öffentlichen Klage, d. h. dem Antrag auf Eröffnung des

Hauptverfahrens oder der Voruntersuchung; hieraus ergibt sich für die genannten Stellen der Sinn: Untersuchung = gerichtliche Untersuchung = Voruntersuchung und Hauptverfahren. In demselben Sinn ist „Eröffnung der Untersuchung" auch in § 12 StPO. zu verstehen. An anderer Stelle freilich findet sich das Wort „Untersuchung" auch in anderem, weiterem Sinn: der Beschlagnahme unterliegen nach § 99 StPO. Briefe und dergleichen, deren „Inhalt für die Untersuchung Bedeutung haben kann"; hier ist Untersuchung dem Zusammenhang nach offenbar als Ermittlung der strafbaren Handlung zu verstehen, also mit Einschluß des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens. Also nicht einmal für das Gebiet der Strafprozeßordnung besteht ein gleichmäßiger Sprachgebrauch bezüglich der „Untersuchung": schon hier ein Schwanken des Begriffs zwischen der Bedeutung „gerichtliche Untersuchung" und einer weiteren, nicht formell umgrenzten.

Aber, wie gesagt, das Verfahren der Strafprozeßordnung ist nicht das einzige mögliche Anwendungsgebiet des § 344 d. StGB., der Begriff „Untersuchung" in diesem § ist aus dem Strafgesetz selbst zu bestimmen, nach dem Sprachgebrauch dieses Gesetzes, wenn sich ein solcher, einheitlicher, überhaupt feststellen läßt; ferner an der Hand des allgemeinen Sprachgebrauchs, nach dem Zweck der Strafbestimmung und nach ihrer Entstehungsgeschichte; auch die Höhe der angedrohten Strafe kann vielleicht, so mag man denken, bezüglich der Art der Fälle, die das Gesetz im Auge gehabt hat, einen Fingerzeig geben.

Nun taucht der Begriff „Untersuchung" außer in § 344 noch auf in den §§ 93, 158 (163 Abs. 2), 174 Ziff. 2, 343 StGB. Enthält einer dieser §§ einen formell umgrenzten Begriff der Untersuchung, etwa den als „gerichtliche Untersuchung", und ist dieser Begriff dann auf die anderen §§, insbesondere § 344 zu übertragen? Wenn § 93 StGB. von Untersuchung spricht, so ist dies unzweifelhaft nur die gerichtliche Untersuchung, Voruntersuchung und Hauptverfahren (vgl. Olshausen), nur sie kann „rechtskräftig beendigt" werden; nur an sie vor allem, nicht an ein formloses Ermittlungsverfahren, kann eine so einschneidende Maßregel, wie die Vermögensbeschlagnahme, geknüpft werden.

Ist aber dieselbe Bedeutung auch auf die genannten anderen §§ übertragbar? — §§ 158 und 163 fordern eine weitere Aus-

legung: genügt schon eine erfolgte private Anzeige, dann um so mehr jedes (auch ohne Anzeige erfolgte) „amtliche Einschreiten einer zur Verfolgung strafbarer Handlungen zuständigen Behörde" (E. 21, 8), um zu zeigen, daß die Tat entdeckt und es damit zur Reue zu spät ist. Dieselbe Auslegung ist auch bei § 174 Ziff. 2 allgemein anerkannt; nichts zwingt zu einer anderen, engeren, und sie ist auch insofern durchaus am Platz, als ein Strafschutz im Sinn dieses § für das Ermittlungsverfahren, in welchem in weitem Umfang untergeordnete Organe tätig werden, in demselben oder eher in höherem Maße Bedürfnis ist, als für die gerichtliche Untersuchung.

II. Ueber das Bisherige herrscht noch keine Meinungsverschiedenheit; diese beginnt aber, wenn wir uns den §§ 343 und 344 zuwenden. Was im Vorhergehenden dargetan werden sollte, war nur, daß nicht aus anderen Bestimmungen des StGB. sich ein allgemein, also auch für § 344 geltender, und zwar formell begrenzter Begriff der Untersuchung entnehmen läßt. Für die unmittelbar auf einander folgenden §§ 343 und 344 spricht aber die Vermutung dafür, daß in ihnen der Begriff „Untersuchung" ein gemeinschaftlicher ist: dieser wird denn auch für die beiden §§ überwiegend übereinstimmend ausgelegt. Folgen wir Olshausen, der sich seinerseits an E. 6, 82 anlehnt, so bleibt zunächst außer Betracht der weiteste, dem allgemeinen Sprachgebrauch angehörige Sinn des Wortes „Untersuchung", wonach darunter „jede Anwendung von Mitteln behufs Erforschung von Erscheinungen oder eines Verhältnisses zwischen solchen" (der Ausdruck ist reichlich weitschweifig im Vergleich zu der Richtigkeit seines Inhalts) verstanden wird.

Das Reichsgericht definiert „Untersuchung" (in E. 6, 82 und E. 25, 366 für § 343, in E. 21, 8 zu §§ 158, 163, in E. 42, 65 zu § 174; eine Entscheidung zu § 344 ist nicht bekannt) als das von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten eingeleitete Verfahren, welches auf die Ermittlung einer gesetzlich strafbaren Handlung und die Herbeiführung der vom Gesetz für dieselbe angedrohten Folgen abzielt, mit Einschluß insbesondere (hier liegt für § 343 der Hauptstreitpunkt) der von den Organen

des Polizei- und Sicherheitsdienstes innerhalb ihrer Zuständigkeit zu diesem Zweck entwickelten amtlichen Tätigkeit.

Die Definition des Reichsgerichts machen sich für § 343 und im Grundsatz auch für § 344 zu eigen Olshausen, Frank, Köhler (Vergleichende Darstellung), Oppenhoff-Delius, v. Schwarze, v. Liszt, Meves in Holtzendorffs Handbuch, Meyer-Allfeld; dabei zieht aber nur der letztgenannte auch für § 344 das Ermittlungsverfahren mit herein, während alle anderen dieses für § 344 ausschließen, eine Einschränkung auf die „förmliche Untersuchung", die sie den Worten „Eröffnung, beantragen, beschließen" entnehmen.

Eine entgegengesetzte Meinung deutet den Begriff in beiden §§ gleichmäßig als „förmliche Untersuchung": Binding mit Ausschluß, Oppenheim (Rechtsbeugungsverbrechen), Rüdorff-Stenglein, auch wohl Hälschner mit Einschluß des Disziplinarverfahrens. Letzterer geht zwar von der Definition des Reichsgerichts aus, entnimmt aber für § 344 aus den Worten „Eröffnung" und „Fortsetzung" das Erfordernis der „förmlichen Untersuchung" und dehnt dies nun, da gleichmäßige Auslegung für beide §§ doch geboten sei, auch auf § 343 aus; die Erstgenannten dagegen vertreten diese Auslegung schon für § 343 aus inneren Gründen. Ebenso für § 343 ein Urteil des Sächs. Oberapellationsgericht vom 12. I. 77 (Goltd. 26, 75).

Binding läßt als „Untersuchung" überhaupt nur gelten das „echte Strafverfahren", d. h. das strafgerichtliche Verfahren; mit Ausschluß also des Disziplinarstrafverfahrens, insbesondere aber des staatsanwaltschaftlichen und polizeilichen Ermittlungsverfahrens; über das Verwaltungsstrafverfahren spricht er sich nicht ausdrücklich aus. Er beruft sich für seine Auslegung auf „den seit Jahrhunderten eingebürgerten Sprachgebrauch"; ferner auf die Entstehungsgeschichte: das für das RStGB. vorbildliche Preuß. StGB. vom Jahr 1851 hat in seinen, unseren §§ 343 und 344 entsprechenden §§ 319 und 320 von „strafgerichtlicher Untersuchung" gesprochen. Gegen die Einbeziehung des Vorverfahrens in § 343 sprechen nach Binding aber auch innere Gründe: die Aussagen im Vorverfahren haben weder gleichen Beweiswert noch gleiche Gefährlichkeit für den Beschuldigten wie

diejenigen in der gerichtlichen Untersuchung; die Aussagenerpressung im Vorverfahren wäre hienach, zum mindesten vielfach, ein so geringfügiges Delikt, daß die Höhe der in § 343 angedrohten Strafe dazu außer Verhältnis stünde. Mit wesentlich denselben Gründen arbeitet Oppenheim; insbesondere geht er ausführlich auf die Entstehungsgeschichte ein. Er zieht dabei abweichend von Binding aus dem Umstand, daß im Gegensatz zu den ersten Preuß. Entwürfen schon das Preuß. StGB. von 1851 als Täter des Verbrechens an Stelle des „Richters" jeden Beamten bezeichnet, und das RStGB. wieder gegenüber dem Preuß. StGB. das Wort „strafgerichtlich" bei „Untersuchung" weggelassen hatte, immerhin den Schluß, daß den von den Strafgerichten geführten Untersuchungen die von den Verwaltungsbehörden geführten und die Disziplinaruntersuchungen gleichzustellen seien, während er das Ermittlungsverfahren nach wie vor ausgeschlossen wissen will.

Der Entstehungsgeschichte entnimmt Oppenheim ferner folgenden Beweisgrund für seine Auffassung: nur für das gerichtliche Verfahren sei früher ein Geständniszwang erlaubt gewesen (vgl. noch Preuß. Kriminalordnung von 1849), und diesen eben für das gerichtliche Verfahren zu verbieten, habe § 319 Preuß. StGB., der Vorläufer unseres § 343, allerdings unter Ausdehnung auf die Erpressung von Zeugenaussagen, bezweckt, während für das polizeiliche Verfahren zu einer derartigen Strafdrohung kein Anlaß vorhanden gewesen sei.

Daß an dieser Stelle der Schwerpunkt gelegen haben mag bei der Schaffung der genannten Strafbestimmung, ist durchaus zuzugeben. Anzuerkennen sind auch die Bedenken Oppenheims gegen die Meinung des Reichsgerichts, schon bei der ursprünglichen Fassung „strafgerichtliche Untersuchung" sei das polizeiliche Verfahren (in § 4 der Preuß. Verordnung vom 3. I. 49 „polizeiliche Voruntersuchung" genannt) mit inbegriffen gewesen: ein solcher Sprachgebrauch wäre doch allzu ungewöhnlich.

Der Nachdruck ist aber jedenfalls darauf zu legen: die Ersetzung des Worts „Richter" durch „Beamte" sowie die Weglassung des „strafgerichtlich" vor „Untersuchung" in § 343 kann nur als Erweiterung des Begriffs verstanden werden. Wo aber die neue Grenze zu ziehen ist, dafür empfiehlt es sich doch ge-

wiß, das praktische Bedürfnis den Ausschlag geben und sich nicht allzusehr durch entstehungsgeschichtliche Erinnerungen beengen zu lassen. Selbstverständlich und wohl allgemein anerkannt ist hienach die Ausdehnung auf solche strafrechtliche Untersuchungen, wie sie auch durch Verwaltungsbehörden (z. B. in Steuersachen) geführt werden. Ueberwiegend und gewiß mit Recht anerkannt ist aber auch die Ausdehnung auf das Disziplinarverfahren. Dagegen wird die Ausdehnung auf das polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren von Oppenheim (wie von Binding) auch vom Gesichtspunkt des praktischen Bedürfnisses aus nicht zugelassen, weil, wie jedermann wisse, den im Vorverfahren gemachten Aussagen (wir haben zunächst noch ausschließlich den § 343 im Auge) von Beschuldigten sowohl als von Zeugen eine ausschlaggebende Bedeutung nicht zukomme, da ja diese vorläufigen Aussagen im späteren gerichtlichen Strafverfahren jederzeit zurückgenommen werden können und daher aus einer Aussagenerpressung im Vorverfahren weder für den Betroffenen noch für die Rechtspflege eine „absolute Gefahr" erwachse.

Hierauf ist zu erwidern: gewiß dürfen die Aussagen der Zeugen wie des Beschuldigten im Vorverfahren für den Ausgang eines Hauptverfahrens grundsätzlich nicht ausschlaggebend sein, allein die Gefahren einer erpreßten Aussage für den Beschuldigten wie für die Rechtspflege sind immer noch groß genug; sie kann die Grundlage bilden zur Erhebung der Anklage und zur Eröffnung des Hauptverfahrens, zur Verhängung der Untersuchungshaft; aus ihr bildet sich der Richter, wenn er sich an der Hand der Akten zur Hauptverhandlung vorbereitet, oft unwillkürlich ein erstes, vorläufiges Urteil; sie kann in der Hauptverhandlung selbst dem Angeklagten, dem Zeugen, der nun etwa anders aussagen will, vorgehalten werden und auf diesem Wege, wenn sie als die ursprüngliche, nicht auf langer Ueberlegung, vielleicht auch Verabredung beruhende und damit als die unmittelbarere, wertvollere und glaubwürdigere erscheint, doch die Würdigung der in der Hauptverhandlung selbst aufgenommenen Beweise entscheidend beeinflussen: alles in allem Grund genug, um die Aussagenerpressung im Vorverfahren mit nicht geringerer Strafe zu bedrohen als diejenige im „förmlichen" Verfahren. Gewiß sind

Fälle denkbar, in denen die in § 343 angedrohte Strafe entschieden zu hart erscheint, Fälle, die einem wohlgemeinten Uebereifer, einen Schuldigen seiner verdienten Strafe zuzuführen, entsprungen sein können; aber solche leichten Fälle sind im förmlichen Verfahren, dem unumstrittenen Anwendungsgebiete des § 343, doch wohl ebenso denkbar. Das Gesetz hat nun einmal in diesem wie im folgenden § — beide von Anfang an wohl mehr zur Abschreckung bestimmt als zur praktischen Anwendung — drakonische Strafdrohungen aufgestellt; daran ist de lega lata nichts zu ändern; mit Recht hat dagegen der Vorentwurf in seinem § 201 mildernde Umstände mit einer Gefängnisstrafe nicht unter einem Monat zugelassen.

Endlich ist zu beachten, daß Oppenheim an dieser Stelle eigentlich zu viel beweisen will: so wenig entscheidender Wert wie den Aussagen im Ermittlungsverfahren kommt doch denjenigen in der gerichtlichen Voruntersuchung zu, und doch ist dieses gerichtliches Strafverfahren und damit unumstrittenes Anwendungsgebiet des § 343.

Wenn man nun auch für § 343 die Beweisführung Oppenheims und Bindings verwirft, so bleibt noch die Frage, ob nicht wenigstens für § 344 eine Beschränkung auf die „förmliche Untersuchung" geboten ist. Oppenheim insbesondere legt viel Wert auf einen grundsätzlichen, qualitativen Unterschied zwischen „förmlicher" und „nichtförmlicher" Untersuchung. Nur die erstere ist für ihn Untersuchung i. S. d. §§ 343, 344 StGB. Der Unterschied liegt nach Oppenheim schon im Zweck: die nichtförmlichen Untersuchungen sollen „meist" der Entscheidung, ob eine förmliche Untersuchung überhaupt stattfinden solle, und der Durchführung der letzteren selbst erst zur Grundlage dienen.

Wie wenig dieser Satz allgemein Gültigkeit beanspruchen kann, zeigt auch hier wieder die Voruntersuchung: daß sie gerichtliche und damit auch „förmliche" Untersuchung ist, steht außer Zweifel, und doch dient sie ebenso wie das staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren (eine „nicht förmliche" Untersuchung) nur zur Grundlage für die Entscheidung über ein folgendes Hauptverfahren und zur Sammlung des Stoffs für dieses; andererseits kann ein polizeiliches Ermittlungsverfahren, also eine „nichtförmliche" Untersuchung zur unmittelbaren Grundlage einer —

allerdings ebenfalls polizeilichen — Aburteilung dienen (vgl. Art. 18 Württ. Pol. Strafverfügungsgeſ. vom 12. Aug. 1879 in Verb. m. § 6 Abſ. 2 Ziff. 3 EGStPO.). Aber auch in der Art des Verfahrens ſelbſt ſoll die Verſchiedenheit liegen: die „nichtförmlichen" Unterſuchungen ſind nach Oppenheim nur orientierende Erkundigungen, teilweiſe ohne den „ausgeſprochenen Charakter einer amtlichen Tätigkeit" (worin beſteht dieſer?), ohne eingehende geſetzliche Regelung, werden weder formell eröffnet noch formell geſchloſſen, ſind nicht mit Zwangsgewalt gegen Zeugen und Sachverſtändige ausgeſtattet. Demgegenüber ſollen Merkmale der „förmlichen Unterſuchung" ſein: eingehende geſetzliche Regelung, insbeſondere der Zuſtändigkeit; Eröffnung auf Grund erheblichen Verdachts, unter Benachrichtigung des Beſchuldigten; Zwangsgewalt; förmliche Beendigung durch ein mehr oder weniger abſchließendes Erkenntnis. Nun mag zwar dahingeſtellt bleiben, inwieweit dieſe Unterſcheidungsmerkmale im einzelnen immer zutreffen und ſich vereinigen, inwieweit ſie etwa auch zu unbeſtimmt und fließend ſind, um als feſte Unterſcheidungsmerkmale dienen zu können. Jedenfalls aber iſt zu betonen, daß es ſich dabei nur um eine Unterſcheidung innerhalb des Begriffs der Unterſuchung handelt, daß alſo auch die „nichtförmliche" Unterſuchung eben Unterſuchung iſt, und daß deshalb, will man die letztere ausſcheiden, dies des beſonderen Beweiſes bedarf. Aber dieſer liegt doch — ſo ſagen Oppenheim, Binding u. a. mit ihnen — für § 344 ſchon in den Worten „Eröffnung, beantragen, beſchließen": alle dieſe Ausdrücke paſſen doch nur auf die förmliche Unterſuchung. Nun iſt es ja gewiß richtig, daß durch die Tatbeſtandsmerkmale, „Eröffnung uſw." das Anwendungsgebiet des § 344 hinſichtlich der in Betracht kommenden Verfahrensarten eine Einſchränkung erfährt; aber dieſe Einſchränkung liegt dann eben nicht im Begriff der Unterſuchung ſelbſt, ſondern außerhalb dieſes Begriffs in anderen Tatbeſtandsmerkmalen. Dem entſprechen auch die Ausführungen bei Olshauſen[1]) und vor allem bei Frank[2]). Wollte man dies verkennen, ſo könnte man mit derſelben Logik oder Unlogik etwa

1) „An ſich erſcheint es nicht gerechtfertigt, den Ausdruck Unterſuchung im § 344 in einem andern Sinne zu faſſen als in dem unmittelbar vorhergehenden § 343".

2) „Der Begriff der Unterſuchung iſt derſelbe wie in § 343".

behaupten: der Begriff „Sache" sei in § 242 StGB. ein anderer als in § 246; denn „sich aneignen" könne man zwar alle Sachen, „wegnehmen" könne man nicht alle, sondern etwa nur (nehmen wir zu diesem Zwecke an, das Merkmal „beweglich" sei weder in § 242 noch in § 246 enthalten) die beweglichen Sachen; eine solche Unterscheidung wäre doch augenscheinlich falsch; richtig wäre es vielmehr zu sagen: der Begriff „Sache" ist überall derselbe, Sache ist eben Sache; ob alle Sachen auch gestohlen werden können, ist eine andere Frage.

Außerdem muß derjenige, der in den Begriff der Untersuchung das Erfordernis der Förmlichkeit hineinträgt, dieses Erfordernis den Verfahrensarten des geltenden Rechts entnehmen; damit begeht er aber ebenfalls einen logischen Fehler; denn der Begriff der Untersuchung im Sinne des StGB. ist nicht beschränkt auf die heute geltenden Verfahrensarten; er ist vom Wechsel der Vorschriften über das Verfahren unabhängig und würde ohne weiteres auch künftige Verfahrensarten ergreifen, deren formeller Aufbau ein ganz anderer sein kann, wenn nur der Zweck (Verhängung von Schuldfolgen) derselbe bleibt. Wer allein die zur Zeit geltenden Verfahrensarten berücksichtigt, begeht denselben Fehler wie derjenige, welcher vom mangelhaften Stand seines Wissens aus, bei Unkenntnis vom Bestehen gasförmiger Körper, Sachen als feste oder flüssige Körper definieren wollte oder hätte definieren wollen.

Nach dem allem kann es also auch für § 344 bei der Definition des Reichsgerichts sein Bewenden haben: Untersuchung ist ein amtliches Verfahren, gerichtet auf Ermittlung einer gesetzlich strafbaren Handlung und Herbeiführung der für sie angedrohten Folgen [1]). Es bleibt nur noch der kleine Schritt übrig, der eine sachliche Aenderung des Begriffs nicht in sich schließt, diesen dem anzupassen, was oben über die Begriffe „Schuld" und „Schuldfolge" ausgeführt worden ist. Untersuchung ist demnach, etwas allgemeiner ausgedrückt, ein amtliches Verfahren, gerichtet auf Feststellung einer Schuld und Ver-

1) Das Reichsgericht sagt: das von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten eingeleitete Verfahren; sollte denn genau dasselbe Verfahren, wenn es von einem unzuständigen Beamten eingeleitet ist, dadurch etwa seinen Charakter als „Untersuchung" verlieren?

hängung der an diese geknüpften Schuldfolgen.

Daß das Disziplinarverfahren darunter fällt, ist ja schon erwähnt; der Disziplinarstrafe gleichzustellen ist auch hier die Ordnungsstrafe, wenn auch tatsächlich dabei die Strafe der Tat regelmäßig so auf dem Fuße folgt, daß für eine „Untersuchung" kein Raum bleibt.

Was dagegen nicht Untersuchung sein kann, ergibt sich aus dem oben Gesagten von selbst und ist hier nur noch kurz zu streifen: der Schadensersatz-, der Vertragsstrafprozeß, das Verfahren gemäß § 55 StGB., wie das Fürsorgeerziehungsverfahren überhaupt. Nicht als Untersuchung aufzufassen ist auch wohl das Vorentscheidungsverfahren auf Grund des § 11 EG. GVG. (so auch Köhler, Vergl. Darstellung); es dient ja nach Abs. 2 Ziff. 1 a. a. O. nur der Feststellung, „ob der Beamte sich (und zwar nach Löwe, auch Reichsgericht, rein objektiv, abgesehen von der Frage des Verschuldens) einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe", also nicht dem Zweck der Strafverfolgung selbst; es geht nicht an, das Vorentscheidungsverfahren als ein vorweggenommenes Stück Strafverfahren zu betrachten, da es ebensogut einer „zivilrechtlichen Verfolgung" als einer strafrechtlichen zur Vorbedingung dienen kann, für beides nur eine Prozeßvoraussetzung bildet, und auch eine bejahende Vorentscheidung für ein folgendes Strafverfahren ohne bindende Wirkung ist.

Maßgebend ist für die Beurteilung einzig der Zweck, nicht die Form des Verfahrens; die strafprozessuale Form allein macht noch nicht die Untersuchung; so bei der Buße, beim objektiven Verfahren (bei welchem freilich auch der Beschuldigte, für § 344 also der „Unschuldige", fehlt). Ist eine bestimmte Form dem Begriff der Untersuchung nicht wesentlich, so muß es unerheblich sein, wenn ein Strafanspruch irgend welcher Art in einer anderen als der regelmäßig zu ihm gehörigen Verfahrensform verfolgt wird, z. B. ein Kriminalstrafanspruch in der Form des Disziplinarverfahrens, § 3 EG. z. MStGB.

III. Die Untersuchung ist ein Verfahren: in dem Wort liegt, daß es sich handelt um eine unbestimmte Mehrheit von Prozeßhandlungen. Somit scheiden aus einzelne, wenn auch mög-

licherweise in sich wieder zusammengesetzte Handlungen: einzelne Beschlüsse und Verfügungen, einzelne Termine; z. B. einzelne Beweiserhebungen, eine Beschlagnahme, eine Verhaftung, die Hauptverhandlung als Ganzes, insbesondere aber die Urteilsfällung.

IV. Da ferner Untersuchung dasjenige Verfahren ist, welches die Verhängung von Schuldfolgen den Schuldspruch zum Ziele hat, so liegt außerhalb der Untersuchung der Schuldspruch selbst. Anderer Meinung sind Olshausen, Frank, Oppenheim Meyer-Allfeld: sie alle rechnen die Urteilsfällung noch mit zur Untersuchung. Aber wenn Olshausen sagt: „da eine bis zur Hauptverhandlung gediehene Untersuchung nach § 259 StPO. mit der Erlassung des Urteils schließt . . . .", liegt hierin nicht ein logischer Sprung? Wohl schließt nach § 259 StPO. die Hauptverhandlung mit der Erlassung des Urteils; ob aber die Hauptverhandlung in ihrem ganzen Verlauf noch Untersuchung ist, bedarf eben erst der Prüfung. Suchen wir für unsere gegenteilige Auffassung eine Stütze im Gesetz, so finden wir sie in § 153 StPO.: „Die Untersuchung und Entscheidung erstreckt sich nur auf die in der Klage bezeichnete Tat . . ."; nach dieser Stelle, wie nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist die Entscheidung nicht mehr in der Untersuchung inbegriffen, sondern folgt ihr nach als Ergebnis. Dieselbe Auffassung ergibt sich aber auch aus dem Sinn und Zweck des § 344 StGB. selbst: wenn das Gesetz verbietet, wissentlich gegen einen Unschuldigen eine Untersuchung anzustrengen, um der durch sie drohenden Gefahr eines ungerechten Schuldspruchs willen, so kann es nicht den Schuldspruch selbst mit als Untersuchung verstehen wollen.

Fragen wir hienach, was von der Hauptverhandlung noch zur Untersuchung gehört, so ist ebenso gewiß Untersuchung das Stück der Hauptverhandlung bis zum Schluß der Beweisaufnahme einschließlich, wie die Urteilsverkündung außerhalb der Untersuchung liegt. Zur Urteilsfällung ist aber mitzurechnen die dazu gehörige Willensbildung in der Beratung und Abstimmung. Die „Ausführungen und Anträge" des Staatsanwalts und des Angeklagten oder Verteidigers stehen gewissermaßen mitten inne; da sie dazu dienen, aus der vorangegangenen Unter-

suchung die Folgerungen der Prozeßpartei für die Urteilsfällung zu ziehen und auf diese einzuwirken, so stehen sie eben zwischen Untersuchung und Entscheidung als Bindeglied, sind aber demzufolge der ersteren selbst nicht mehr zuzurechnen. Aus der Ansicht, daß die Urteilsfällung noch zur Untersuchung gehöre, zieht jedoch einzig und allein Meyer-Allfeld den Schluß, daß die ungerechte Verurteilung unter § 344 falle; von den anderen (Olshausen, Frank, stillschweigend auch Oppenheim) wird diese Folgerung als mit dem Wortlaut des § 344 unvereinbar mit Recht abgelehnt. Selbst zugegeben, das Urteil selbst sei noch Untersuchung, so könnte man doch nicht sagen, daß der verurteilende Richter „die Fortsetzung einer Untersuchung beschließe", sondern höchstens, daß er sie (tatsächlich) „fortsetze" oder besser „schließe". Der einzige Grund, den Meyer-Allfeld (wie schon H. Meyer in den früheren Auflagen) ins Feld führen kann, ist das im Vergleich zu § 336 auffallende Strafmaß des § 344: derjenige, welcher wider besseres Wissen anklagt oder das Hauptverfahren eröffnet, soll nach § 344 mit Zuchthaus bis zu 15 Jahren bestraft werden können, derjenige Richter dagegen, welcher vielleicht denselben Unschuldigen wider besseres Wissen falsch verurteilt, nur gemäß § 336 mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren? — Gewiß ist dieses Ergebnis durchaus unbillig; es geht aber nicht an, den Fehler auf dem Weg einer doch durchaus willkürlichen und, wie gesagt, durch den Wortlaut des § 344 ausgeschlossenen Auslegung zu beseitigen.

Wie der Fehler entstehungsgeschichtlich zu erklären ist, hat Oppenheim S. 153 ff. eingehend dargelegt. Der Hergang ist kurz folgender: die Entwürfe zum Preuß. StGB. von 1851 enthielten neben dem allgemeinen Rechtsbeugungsparagraphen (jetzt § 336), der ursprünglich nur die Rechtsbeugung bei Leitung und Entscheidung eines „Rechtsstreits", d. h. einer Zivilsache, betroffen hatte, dann aber auf alle „Rechtssachen", folglich auch auf Strafsachen, ausgedehnt worden war, noch qualifizierte Spezialstrafbestimmungen für die Fälle der ungerechten Verurteilung wie der falschen Untersuchung. Die Kommission der II. Kammer fand nun, daß die falsche Verurteilung ja schon durch den allgemeinen Rechtsbeugungsparagraphen getroffen würde, und beschloß deshalb, um eine ihrer Meinung nach unnötige und uner-

wünschte Spezialisierung zu vermeiden, die Streichung der besonderen Strafbestimmung gegen die ungerechte Verurteilung. Das dabei entstehende Mißverhältnis der Strafdrohungen für die falsche Verurteilung (Zuchthaus bis zu 5 Jahren) und für die falsche Untersuchung (Zuchthaus bis zu 20, jetzt 15 Jahren), welch letztere übrigens in ihrem zweiten Fall („beschließt") doch ebenfalls einen Spezialfall der Rechtsbeugung bildet, wurde übersehen. Dieser Fehler blieb denn auch bei der Annahme der §§ 314 und 320 Preuß. StGB. wie bei ihrer unveränderten Uebernahme in das DRStGB. unbemerkt und kann angesichts des Wortlauts der beiden §§ nicht hinweginterpretiert werden.

Nicht auf die falsche Verurteilung selbst, wohl aber auf den vom Staatsanwalt in der Hauptverhandlung wider besseres Wissen gestellten Antrag auf Verurteilung wollen Olshausen, Frank, Oppenheim den § 344 anwenden. Nun ist zwar für uns diese Frage durch die Feststellung, das Urteil sei überhaupt nicht mehr Untersuchung, erledigt. Aber der Umstand, daß die genannten den bewußten Antrag auf falsche Verurteilung selbst verschieden behandeln wollen, gibt doch Anlaß zu fragen: ist denn die Einbeziehung des Antrags auf falsche Verurteilung mit dem Wortlaut des Gesetzes eher verträglich als diejenige der falschen Verurteilung selbst? Angenommen, das Urteil gehöre noch zur Untersuchung, so könnte man es ja schließlich als „Fortsetzung der Untersuchung" bezeichnen. Aber wird vom Staatsanwalt eine Fortsetzung der Untersuchung durch Urteil überhaupt beantragt? Muß nicht ein Urteil ohnehin gefunden werden? — Dies ist der nächstliegende und z. B. von Binding ohne weiteres für durchschlagend erklärte Einwand. Das Wesentliche an dem falschen Antrag liegt aber nicht darin, daß überhaupt ein Urteil, sondern daß ein falsches, ein ungerechtes, ein nachteiliges Urteil beantragt wird.

Um den § 344 für anwendbar zu erklären, müßte der ganze Nachdruck ausschließlich auf das „zum Nachteil" gelegt und der Tatbestand dahin gewendet werden: „Wer gegen einen Unschuldigen eine (ihrem Inhalt nach) nachteilige Fortsetzung einer Untersuchung (im Urteil) beantragt." Denkbar wäre diese Auslegung immerhin und nicht ohne Vorbild im sonstigen, allgemein anerkannten Anwendungsgebiet des § 344: strafbar ist ja auch

nach zum mindesten überwiegender Meinung, wer — in den Fällen der sogenannten relativen Unschuld — die Eröffnung einer nur ihrem Inhalt nach (unverdient) nachteiligen Untersuchung gegen jemand beantragt oder beschließt: auch hier läuft nur der Inhalt, nicht schon die Tatsache der Untersuchung dem Willen des Gesetzes zuwider.

Allein diese Fälle lehnen sich doch nur als eine durch den relativen Begriff der Unschuld gegebene Erweiterung an diejenigen Fälle an, in denen schon die Tatsache der Untersuchung den Beschuldigten als ein unverdienter, vom Gesetz nicht gewollter Nachteil treffen würde. Aber dieselbe Konstruktion, die zunächst nur darauf beruht, daß man den Begriff „Unschuld" nicht absolut, sondern relativ (d. h. im Vergleich mit der durch die Untersuchung geltend gemachten Schuld) versteht, diese Konstruktion nun unabhängig von absoluter oder relativer Unschuld in einem Zusammenhang zu verwenden, wo nur im Inhalt, nicht in der Tatsache der Fortsetzung der Untersuchung der Nachteil für den Betroffenen liegen kann, die Tatsache der Fortsetzung vielmehr selbstverständlich und gesetzlich geboten ist, auch dem Beschuldigten ihrem Inhalt nach ebensogut zum Vorteil ausschlagen kann, eine solche Auslegung würde sich doch vom ursprünglichen Sinn des Gesetzes zu weit entfernen, wäre zu willkürlich und gekünstelt, um noch innerhalb der Grenze des vom Gesetz auch nur möglicherweise Gewollten zu liegen. Auch schon deshalb hat diese Auslegung die Vermutung gegen sich, weil sie dazu nötigen würde, während sonst in § 344 Antrag und Beschluß als einander entsprechend, auf einander passend zu denken sind, hier beides auseinanderzureißen und für den Antrag die Anwendbarkeit des § 344 anzunehmen, für den entsprechenden Beschluß (das Urteil) sie auszuschließen.

Nach dem allem ist weder auf den vom Staatsanwalt in der Hauptverhandlung wider besseres Wissen gestellten Antrag auf Verurteilung, noch auf die falsche Verurteilung selbst § 344 anwendbar.

V. Die Untersuchung ist zwar amtliches Verfahren, aber nicht notwendig Offizialverfahren, d. h. sie kann ebensowohl wie der amtlichen, auch der privaten Initiative (Privatklage) entsprungen sein. Dagegen findet — dies bedarf kaum der Er-

wähnung — die falsche Privatklage selbst, da sie wohl Antrag auf Eröffnung einer Untersuchung, aber nicht seitens eines Beamten (kein Amtsverbrechen) ist, nicht hier ihren Platz, sondern ausschließlich bei der falschen Anschuldigung des § 164 StGB.

§ 4.

3. Nachteil für den Unschuldigen.

I. Ehe wir auf den Inhalt des Begriffs „Nachteil" näher eingehen, müssen wir uns vergewissern, ob dieses „zum Nachteil handeln" überhaupt zum Tatbestand gehört. Abweichende Auffassungen können sich in entgegengesetzter Richtung bewegen. Einerseits wird von Oppenheim (S. 215) ernsthaft erwogen, ob das „zum Nachteil" nicht als objektive Bedingung der Strafbarkeit („Strafdrohungsbedingung") aufgefaßt werden könne; andererseits scheint für Olshausen u. a. dieses Merkmal nur auf der subjektiven Tatseite zu liegen. Schon daß diese beiden Betrachtungsweisen überhaupt auftauchen können, verleiht auch beiden einen gewissen Grad von Unwahrscheinlichkeit und läßt die in der Mitte liegende, der Regel entsprechende Lösung, daß es sich um ein Tatbestandsmerkmal handelt, das also sowohl objektiv vorliegen, als auch vom Vorsatz gedeckt sein muß, als die nächstliegende erscheinen.

Der Gedanke, das Wort „zum Nachteil" sei als (objektive) Strafdrohungsbedingung aufzufassen, wird offenbar von keiner Seite wirklich vertreten, und, wie vom Reichsgericht (E. 25, 276, wo es sich im übrigen um den Gegensatz zwischen Vorsatz und Absicht handelt), so auch von Oppenheim mit Recht verworfen, und zwar von diesem aus inneren Gründen: es wäre unverständlich, wenn der Gesetzgeber eine sonst straflose Handlung mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren (bezw. bis zu 15 Jahren) bestrafen wollte, sobald dadurch für eine Partei ein Nachteil entstanden wäre, ohne daß aber an diesem Erfolg den Täter ein Verschulden zu treffen brauchte, also selbst, ohne daß er sich dieses Erfolges bewußt wäre. Diese Ausführungen Oppenheims beziehen sich zwar zunächst auf § 336; aber bei der nahen Verwandtschaft, in der § 344 zu § 336 steht, und die gerade von Oppenheim besonders betont wird, dürfen wir ohne weiteres seine Auslegung des § 336 als auch für § 344 bestimmt be-

trachten. Widersprechen müssen wir ihm nur, wenn er meint, daß der Wortlaut zur Entscheidung dieser Frage noch keine Handhabe biete und nach ihm die Benachteiligung auch objektive Strafdrohungsbedingung sein könnte: hiezu lehnen sich die Worte „zum Nachteil" doch zu unmittelbar einerseits an das „vorsätzlich" und andererseits an den Tatbestand selbst an; wo das Gesetz eine Strafdrohungsbedingung aufstellen, insbesondere die Strafbarkeit überhaupt oder erhöhte Strafbarkeit an einen Erfolg knüpfen will, drückt es sich doch ganz anders aus oder hält auch Tatbestand und Strafdrohungsbedingung schon im Wortlaut auseinander („ist durch die Handlung . . . . . verursacht worden", „hat die Handlung . . . . . zur Folge . . ."). Ernster zu nehmen ist der entgegengesetzte Zweifel: ist vielleicht in dem Ausdruck „zum Nachteil" kein Tatbestandsmerkmal, sondern nur die geforderte subjektive Willensrichtung des Täters enthalten? Sowohl Olshausen wie Frank erwähnen das „zum Nachteil handeln" nur bei der subjektiven Tatseite; ob aber beide im gleichen Sinn, erscheint zweifelhaft, obgleich Frank von Olshausen als gleicher Meinung zitiert wird. Wenn Olshausen sagt: zum Nachteil handelt der Beamte dann nicht, wenn er — kurz gesagt — in guter Absicht eine Untersuchung beantragt, so verlangt er damit für § 344 ausdrücklich nur ein subjektives Handeln zum Nachteil des Unschuldigen. Wenn dagegen nach Frank zum Dolus „das Bewußtsein, daß zum Nachteile des Beschuldigten gehandelt werde", gehören soll, so wird doch wohl mit diesem Ausdruck ein dem Bewußtsein entsprechendes objektives Handeln zum Nachteil vorausgesetzt. Diese Verschiedenheit finden wir bestärkt, wenn wir bei Olshausen und bei Frank auf den § 336 zurückgehen, dessen Auslegung, wie schon erwähnt, wohl auch für § 344 maßgebend sein muß. Nach Olshausen (N. 3) sollen hier die Worte „zu Gunsten oder zum Nachteil einer Partei" nur die subjektive Richtung kennzeichnen. Nach Frank dagegen (N. III) gehört die Benachteiligung einer Partei zum Tatbestande, ist ein Erfolg, dessen Eintritt zur Vollendung notwendig ist. Man kann nicht annehmen, daß diese beiden Kommentare für § 344 einen andern Standpunkt einnehmen wollten. Im übrigen wird allgemein — vom RG. in E. 25, 276 zu § 336; ebenso von

Oppenheim, Binding (Lehrbuch), Köhler (Vergl. Darstellung), Hälschner, Meves (in Holtzendorffs Handbuch) — für § 336 wie für § 344 die Benachteiligung als objektives, in normaler Weise vom Vorsatz umfaßtes Tatbestandsmerkmal behandelt.

Die Beantwortung dieser Frage wird dadurch erschwert, daß das Gesetz von einem „Handeln zum Nachteil" noch an verschiedenen anderen Stellen, anscheinend in verschiedenen Bedeutungen oder doch Nuancen, spricht, wobei im einzelnen die Meinungen wieder auseinander gehen. § 92 Ziff. 3 spricht von Führung von Staatsgeschäften zum Nachteil des auftraggebenden Staats, § 154 Abs. 2 vom falschen Zeugnis oder Gutachten zum Nachteil eines Angeschuldigten, § 334 von Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zum Nachteil eines Beteiligten, § 356 Abs. 2 endlich von der sogenannten Prävarikation, erschwert durch ein Handeln im Einverständnisse mit der Gegenpartei zum Nachteil der eigenen. Es würde zu weit führen, auch für diese weiteren Fälle die verschiedenen Meinungen und ihre Vertreter erschöpfend aufzuführen, nur kurz mögen die Gegensätze hervorgehoben sein.

Olshausen vertritt mit guten Gründen für §§ 154, 334, 356 (nicht für § 92) eine subjektive Auffassung. Es erscheint einleuchtend, daß es hier für die erhöhte Strafbarkeit bezw. für die Strafbarkeit überhaupt einen genügenden Grund bilden soll, wenn sich der Täter, anstatt einzig durch die Wahrheit und das Recht, vielmehr durch Rücksichten auf den Vorteil oder Nachteil für eine Partei in seiner Aussage, seiner Rechtsprechung hat leiten lassen, oder wenn er seiner Verpflichtung, einzig das Interesse seines Auftraggebers im Auge zu behalten, untreu geworden ist; wenn § 92, der hierin die gleiche Richtung verfolgt, wie § 356, bei Olshausen eine abweichende Auslegung erfährt, so scheint dies nicht ganz folgerichtig. Binding umgekehrt faßt „zum Nachteil" durchweg objektiv: in §§ 92, 154, 334 wie in §§ 336, 344; die einzige Ausnahme bildet für ihn § 356, wo das „Handeln zum Nachteil" ein Handeln in Benachteiligungsabsicht bedeuten soll. Durchweg objektiv ist die Auffassung des Begriffs bei Hälschner. Bei Frank ist die Auffassung, wo der Unterschied überhaupt in Betracht gezogen wird (§§ 92, 356), ebenfalls objektiv.

Sehen wir nun auch davon ab, hier überall eingehend Stellung zu nehmen, so ist jedenfalls das eine ohne weiteres ersichtlich, wie weit das Gesetz, wo es von einem „zum Nachteil handeln" spricht, von einem feststehenden, eindeutigen Sprachgebrauch entfernt ist: an der einen Stelle empfängt der Tatbestand von dem „zum Nachteil" überhaupt erst seinen Inhalt, an anderen tritt dieser Begriff nur zu anderen Merkmalen, die für sich schon einen möglichen Tatbestand bilden, hinzu; ob mit dem Ausdruck der objektive Erfolg, ob nur die subjektive Willensrichtung gemeint ist, kommt nirgends deutlich zum Ausdruck. Wir haben daher die Meinung des Gesetzes für die einzelnen Stellen jeweils selbständig zu ergründen; so auch für unsern § 344, nur daß wir diesen, wie gesagt, mit dem § 336 in eine Linie stellen müssen. Gehen wir von dem Wortlaut dieser beiden §§ aus, so müssen wir jedenfalls sagen, daß nach diesem eine objektive Auffassung des Ausdrucks „zum Nachteil" am nächsten liegt; für diese Auffassung spricht, wenn eine andere nicht zum Ausdruck gekommen ist, die Vermutung nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes wie des täglichen Lebens: wer zum Nachteil jemandes etwas tut, der tut es mit der Folge eines Nachteils; wer vorsätzlich zum Nachteil jemandes etwas tut, der tut es mit dem Wissen und Willen, daß ein Nachteil die Folge sei. Zum mindesten bedarf die andere Auslegung, welche in dem „zum Nachteil" nur die Willensrichtung sieht, in jedem Fall einer Begründung, welche dartut, daß diese Auslegung dem Willen des Gesetzes mehr entspricht; inwieweit eine solche Auslegung für andere Stellen des Gesetzes vorzuziehen ist (insbesondere für §§ 154, 334, 356), muß hier dahingestellt bleiben; für die §§ 336 und 344 wird man dies jedenfalls nicht behaupten können.

Was heißt übrigens: „Willensrichtung"? — Ein Wissen und Wollen eines Tatbestandsmerkmals kann bei der subjektiven Auffassung nicht gemeint sein; denn zum Tatbestand gehört ja der Nachteil nach ihr gerade nicht. Folglich kann nur gemeint sein das Wollen eines jenseits des Tatbestandes liegenden Erfolges; was ist dies aber anderes als das, was das Gesetz sonst als Absicht bezeichnet? Wenn aber das Gesetz wirklich nichts anderes meinte, würde es dann nicht wohl auch den Ausdruck gebrauchen: in der Absicht, zu benachteiligen, oder ähnlich?

II. Oder ist etwa, wie Binding zu § 336 wie zu § 334

meint, der ganze Streit, ob Tatbestandsmerkmal oder nicht, gegenstandslos, weil begriffsnotwendig, wie die Rechtbeugung des § 336 einer Partei, so die Untersuchung des § 344 dem Beschuldigten zum Nachteil gereichen müsse? Um diese Frage zu beantworten, wird es jedoch Zeit, näher darauf einzugehen, worin überhaupt der Nachteil einer falschen Untersuchung liegt. Gehen wir dabei auf den zu Beginn entwickelten Grundgedanken des § 344 zurück: hienach besteht der Nachteil, vor dem § 344 den Unschuldigen zu bewahren bestimmt ist, neben der im Strafverfahren selbst liegenden Behelligung in der Gefahr eines materiell unbegründeten Schuldspruchs. Unbegründet ist aber ein Schuldspruch bestimmten Inhalts, wie oben zu dem Begriff „Unschuld" ausgeführt wurde, nicht nur da, wo überhaupt keine Schuld, sondern auch da, wo eine andere als die behauptete Schuld (sog. relative Unschuld) vorliegt. Hier gewinnt nun aber das Merkmal „zum Nachteil" seine Bedeutung. Zwar darf gegen einen nicht absolut, sondern nur relativ Unschuldigen nicht nur ein Schuldspruch, sondern auch eine Untersuchung ebensowenig unter einem zu milden als einem zu schweren Gesichtspunkt erfolgen; allein zum Nachteil gereicht ihm nur der zu schwere Schuldspruch, die zu schwere Untersuchung. (Letzterer Ausdruck möge, wenn auch unschön, im folgenden für die Untersuchung unter zu schwerem Gesichtspunkt der Kürze halber gestattet sein.) Z. B. der des einfachen Diebstahls Schuldige ist ebenso unschuldig des Mundraubs wie des schweren Diebstahls, und weder wegen des einen noch wegen des anderen darf er schuldig gesprochen, in Untersuchung genommen werden; zum Nachteil aber gereicht ihm nur die Untersuchung und die Verurteilung wegen schweren Diebstahls, nicht auch eine solche wegen Mundraubs [1]).

So ist nicht nur der Begriff „Unschuld", sondern auch der Begriff „Nachteil" i. S. d. § 344 ein relativer: absolut bemessen ist jede Untersuchung ein Nachteil für den Unschuldigen; relativ, an dem Maßstab der gegebenen Schuld gemessen, ist für den Beschuldigten nachteilig nur diejenige Untersuchung, welche ihrem

1) Bei der Prüfung der Frage: welches ist die schwerere Straftat, die wirklich begangene oder die zum Gegenstand der Untersuchung gemachte? welches ist also die schwerere Untersuchung? — sind die Grundsätze des § 73 StGB. über die schwerste Strafdrohung entsprechend anzuwenden.

Inhalt nach nicht dem Maß der Schuld entspricht, sondern dieses übersteigt. Nun ist aber auch die Frage beantwortet, ob nicht das Merkmal „zum Nachteil" zum mindesten als objektives Tatbestandsmerkmal entbehrlich, weil begriffsnotwendig mit jeder falschen Untersuchung gegeben sei: für die Fälle der absoluten Unschuld wäre es vielleicht entbehrlich, in den Fällen der relativen Unschuld dagegen hat es seine Bedeutung darin, den Tatbestand auf die Fälle der „zu schweren Untersuchung" zu beschränken.

Dem Ergebnis nach entspricht diese Auffassung durchaus der herrschenden Meinung; nur daß die Einschränkung auf die Fälle der „zu schweren Untersuchung" sonst stillschweigend schon bei dem Begriff der „relativen Unschuld" gemacht wird. So bei Olshausen, Frank, Binding, Oppenheim u. a. Auf demselben Standpunkt steht das Reichsgericht (E. 17, 307), indem es die Erhebung der Anklage und die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen einer schwereren als der wirklich begangenen Straftat als eine Verschlechterung der Rechtslage, einen „Rechtsnachteil" im Sinne des § 163 Abs. 2 StGB. ansieht [1]).

Eine Ausnahmestellung nimmt in dieser Frage nur Köhler (Vergl. Darstellung) ein. Er wendet sich gegen den hergebrachten Begriff der relativen Unschuld und leugnet, daß unschuldig verfolgt werde, wer verfolgt werde wegen einer wirklich begangenen Tat, aber unter einer unzutreffenden, weil zu schweren Kennzeichnung; zwar dürfe der Beschuldigte dann nicht der Untersuchung entsprechend schuldig gesprochen werden, allein die Untersuchung unter einem zu schweren Gesichtspunkt brauche ihn noch nicht zu beschweren. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht Köhler für die Fälle einer solchen zu schweren Qualifikation der Tat, wegen deren die Untersuchung verschärft werden könne. Als Hauptbeispiel hiefür kommen die §§ 112, 113 StPO. in Be-

1) „Nicht allein dadurch wird der Beschuldigte beeinträchtigt, daß er durch die zur Anklage stehende schwerere Beschuldigung Nachteile, z. B. Verhaftung, Kosten, Schädigungen in seinem Geschäftsverkehr und Kredit erleiden kann, welche die ihm wirklich zur Last fallende Tat nicht im Gefolge haben würde; sondern es erwächst ihm jedenfalls eine Erschwerung der Verteidigung auch insofern, als er darauf Bedacht nehmen muß, die gegen ihn unter dem Gesichtspunkt der Anklage vorgebrachten Behauptungen und Beweise zu entkräften".

tracht: nach § 112 bedarf der die Verhaftung rechtfertigende Fluchtverdacht keiner weiteren Begründung, wenn ein Verbrechen den Gegenstand der Untersuchung bildet; andererseits ist nach § 113, wenn Gegenstand der Untersuchung eine nur mit Haft oder mit Geldstrafe bedrohte Tat bildet, die Untersuchungshaft nur ausnahmsweise statthaft. — Diese Inkonsequenz zeigt am deutlichsten, daß es sich hier nicht um Schuld oder Unschuld, sondern um die Frage des Nachteils für den Beschuldigten handelt: denn daß die Frage, ob jemand eines schwereren Verbrechens schuldig ist, nichts zu tun hat mit der Frage, ob gegen den dieses schwereren Verbrechens Beschuldigten Untersuchungsmaßregeln bestimmter Art zulässig sind, bedarf nach allem, was über den rein materiellen Begriff der Unschuld oben gesagt ist, keiner weiteren Ausführung. Schon der Ausdruck „eine Untersuchung verdienen" ist, wie Köhler ihn gebraucht, irreführend; er kann damit doch nur die prozessuale Pflicht zur Duldung der Untersuchung meinen, knüpft sie aber daran, daß eine bestimmte Schuld im materiellen Sinn begründet ist, während doch die prozessuale Duldungspflicht von der materiellen Schuld unabhängig ist. Sehen wir aber auch hievon völlig ab und fragen wir nur, ob es richtig ist, daß ein Nachteil für den Beschuldigten nur mit einer solchen zu schweren Qualifikation seiner Tat verknüpft ist, wegen welcher die Untersuchung — z. B. durch Verhaftung — verschärft werden kann, so müssen wir auch dieser Meinung Köhlers entgegentreten. Wohl darf, wie Köhler sagt, der Beschuldigte wegen des schwereren Delikts nicht schuldig gesprochen werden, aber ist er deshalb durch die zu schwere Untersuchung „an sich nicht geschädigt noch der Verurteilung näher gebracht"? Würde man dies zugeben, so würde nicht nur für die Fälle der relativen, sondern auch für die Fälle der absoluten Unschuld dem § 344 der Boden entzogen: worauf beruht denn diese Strafbestimmung anders als auf dem Gedanken, daß eben mit jeder Untersuchung die Gefahr des ihr inhaltlich entsprechenden Schuldspruchs nahe gerückt sei? Nun ist es ja durchaus richtig, daß in den von Köhler hervorgehobenen Fällen durch die zu schwere Untersuchung die im Prozeß selbst liegende Gefährdung und Behelligung erhöht wird, und daß auch hiedurch die zu schwere Untersuchung dem Beschuldigten zum Nachteil gereicht.

Allein es bedarf eben nicht einer besonderen Heraushebung dieser Fälle, weil der wesentlichste Nachteil der zu schweren Untersuchung, die ihr anhaftende Gefahr des entsprechenden ungerechten Schuldspruchs, in diesen Fällen ohnehin besteht; nicht minder besteht er aber in denjenigen Fällen der materiell zu schweren Untersuchung, in denen eine prozessuale Verschlechterung der Lage des Beschuldigten nicht eintritt; § 344 ist also gleichmäßig anwendbar auf alle Fälle der wissentlichen Verfolgung unter einem nicht zutreffenden, zu schweren rechtlichen Gesichtspunkt. —

III. § 344 bedroht die falsche Untersuchung mit Strafe wegen der allgemein mit ihr verbundenen Gefahr der falschen Verurteilung; er enthält so eines jener unechten, sogenannten abstrakten Gefährdungsdelikte, bei welchen die Gefahr nur den gesetzgeberischen Grund der Strafdrohung bildet, ohne deshalb zum Tatbestandsmerkmal, dessen Vorliegen im einzelnen Fall zu prüfen wäre, erhoben zu sein. Deshalb ist die falsche Untersuchung nachteilig trotz der dieser Gefahr gegenüberstehenden Möglichkeit der Freisprechung, ja auch im Fall durchaus überwiegender Wahrscheinlichkeit einer solchen. Gegenüber dem begrifflich mit der Untersuchung verbundenen Nachteil bleibt ein möglicherweise sich für den Beschuldigten ergebender Vorteil (z. B. Rechtfertigung) außer Betracht und ist nicht etwa gegen jenen abzuwägen. Dies gilt nicht minder, wenn die Untersuchung gegen einen Unschuldigen subjektiv zum Zweck der Klarstellung seiner Unschuld beantragt oder beschlossen wird, insbesondere, um daran ein Verfahren gegen den falschen Anschuldiger, den Beleidiger (§§ 164, 191 StGB.) zu knüpfen; Oppenheim (S. 146/147) führt überzeugend aus, daß durch diese §§ durchaus nicht etwa eine Anklage oder Untersuchung auch bei bekannter Unschuld gefordert wird. Also auch für diese Fälle bleibt der begriffliche Charakter der falschen Untersuchung als Nachteil bestehen.

Die gegenteilige Meinung, daß die subjektiv zu Gunsten des Beschuldigten unternommene Untersuchung auch objektiv diesem nicht zum Nachteil gereiche, finden wir nur bei Meves (Holtzendorffs Handbuch). Insoweit aber die Frage entsteht, ob und wann es überhaupt berechtigt sein kann, gegen einen als unschuldig Bekannten zum Zweck seiner Rechtfertigung eine Unter-

suchung einzuleiten, betreten wir das Gebiet der Rechtswidrigkeit, weshalb auf diese Frage weiter unten zurückzukommen ist. Die überwiegende Meinung geht dahin, die in guter Absicht gegen den Unschuldigen eingeleitete Untersuchung erfülle zwar objektiv den Tatbestand (womit die Rechtswidrigkeit mitgemeint ist), sei aber wegen mangelnden Vorsatzes straflos; auch mit dieser Frage werden wir uns unten bei der Erörterung des Vorsatzes weiter zu beschäftigen haben.

IV. Wenn so die Eröffnung einer Untersuchung ohne Rücksicht auf die mit der Untersuchung verbundene Möglichkeit einer dem Beschuldigten günstigen Entscheidung als Nachteil aufzufassen ist, gilt dies für die Fortsetzung der Untersuchung nicht ebenso allgemein. Ein Verfahren, welches begrifflich nur zur Entlastung des Beschuldigten dienen kann, kann für ihn kein Nachteil sein; so die Rechtsmittel, die zu Gunsten des Beschuldigten, sei es von ihm selbst, oder einem Vertreter, sei es von der Staatsanwaltschaft eingelegt sind; entsprechend auch die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten eines Verurteilten; was dabei keine „Abänderung zum Nachteil" i. S. d. § 372, keine „härtere Strafe" i. S. d. §§ 398, 413 StPO. ist (so nach Reichsgericht, Löwe u. a. die bloße schwerere Qualifikation der Tat, a. M. Bennecke-Beling u. a.; diese Streitfrage kann hier dahingestellt bleiben), kann natürlich auch kein Nachteil i. S. d. § 344 StGB. sein. Es gibt demnach Verfahrensabschnitte, welche unter „Fortsetzung der Untersuchung" fallen und nicht begriffsnotwendig von Nachteil sind; wir gewinnen das Ergebnis: nicht jede Fortsetzung der Untersuchung ist für den Unschuldigen ein Nachteil; hierin gewinnt wieder das Wort „zum Nachteil" einen guten Sinn als objektives Tatbestandsmerkmal; entbehrlich ist es hier höchstens insofern, als reine Entlastungsmaßregeln, wie das Rechtsmittelverfahren zu Gunsten des Unschuldigen, natürlich auch nicht rechtswidrig sein können.

V. Hier erhebt sich noch die weitere Frage: dienen auch solche, eine Fortsetzung der Untersuchung darstellenden Verfahrensabschnitte dem Beschuldigten nicht zum Nachteil, welche, ohne schon objektiv, wie die obengenannten, ihrem Wesen nach rein entlastender Natur zu sein, subjektiv in reiner Entlastungs-

absicht beantragt oder beschlossen werden, z. B. eine Ergänzung der Voruntersuchung gemäß § 195 Abs. 2 StPO.? Nach allem Obengesagten ist diese Frage zu verneinen: nicht von Nachteil sind Untersuchungsmaßnahmen nur dann, wenn sie begrifflich dem Beschuldigten nur zur Entlastung, nicht auch zur Belastung dienen können. Von welcher Untersuchungsmaßregel ließe sich dies aber sagen, ehe sie durchgeführt, von welchem Beweis, ehe er eingezogen ist? Wider alles Erwarten kann ein Entlastungsbeweis versagen oder in sein Gegenteil umschlagen, z. B. der Alibi-Zeuge läßt gerade für den engsten, kritischen Zeitpunkt im Stich. So kann man denn nicht sagen, daß ein Untersuchungsabschnitt, wenn subjektiv zur Entlastung bestimmt, auch objektiv dem Beschuldigten nicht zum Nachteil sei.

Wenn schon die gute Absicht des Untersuchenden an dem Wesen der Untersuchung als Nachteil nichts zu ändern vermag, so sind vollends unerheblich die Auffassungen und Wünsche des Beschuldigten selbst. Fälle genug mag es geben, in denen die Untersuchung dem Beschuldigten selbst erwünscht ist, sei es nun, daß er von ihr seine glänzende Reinwaschung erwartet, oder daß ihm ausnahmsweise die falsche Untersuchung (mit Untersuchungshaft), ja auch die falsche Verurteilung (etwa zum Zweck des Alibi-Beweises in Bezug auf eine andere Tat) und der Strafvollzug willkommen ist. Ebenso kann ja auch der zu Recht Verurteilte den Strafvollzug (das Unterkommen im Gefängnis) gelegentlich als Annehmlichkeit empfinden, ohne daß deshalb der Strafvollzug begrifflich anders denn als gewollter Nachteil aufgefaßt werden könnte.

Das Gesetz verbietet ja auch die falsche Untersuchung nicht nur um des Einzelnen, sondern vor allem auch um der Rechtspflege willen; das Verbrechen des § 344 ist nicht nur ein solches gegen den Einzelnen, sondern auch gegen die Gesamtheit (s. o. § 1).

§ 5.

4. Beamter als Täter.

Das Verbrechen des § 344 ist nicht nur ein Amtsverbrechen, und zwar ein „eigentliches Amtsverbrechen", d. h. ein solches, welches nur von Trägern eines Amts begangen werden kann (s. o. § 1), sondern auch ein Beamtenverbrechen, d. h.

es kann begangen werden nur von einem Beamten i. S. d. § 359 StGB., nicht auch von einem anderen „Amtsträger"; hiedurch scheiden insbesondere als Täter aus die Schöffen (die Geschworenen kommen nach der Art ihrer Tätigkeit für den Tatbestand des § 344 ohnehin nicht in Betracht); andererseits können Beamte i. S. d. § 344 nicht etwa nur Berufsrichter sein, sondern auch Laienrichter (die Offiziere im Militärgericht); entsprechend ist Anklagebeamter auch der Gerichtsoffizier.

Das Verbrechen des § 344 ist weiterhin ein *besonderes* Amtsverbrechen (oder besser Beamtenverbrechen), d. h. ein solches, welches nur begangen werden kann von Beamten bestimmter Art, nämlich von den zu Untersuchungsanträgen und -beschlüssen i. S. d. § 344 (d. h. zu Anträgen und Beschlüssen dieser *Art*, nicht zu dem konkreten Antrag oder Beschluß) zuständigen Beamten. Die Eigenschaft als solcher (Anklage- bezw. Untersuchungs-) Beamter bildet ein „*höchstpersönliches Tatbestandsmerkmal*" (vergl. *Beling*, Lehre vom Verbrechen, S. 234 ff.): sie muß in der Person des Täters selbst vorhanden sein; es genügt nicht, wenn die Zugehörigkeit zu der betr. Gruppe von Beamten vorhanden ist in der Person eines von einem mittelbaren Täter als Werkzeug verwendeten unmittelbaren Täters. Mittelbare Täterschaft ist zwar nicht ausgeschlossen, nur muß dann der mittelbare, nicht sein Werkzeug, der unmittelbare Täter ein Anklage- bezw. Untersuchungsbeamter i. S. d. § 344 sein. So kann ein Nichtbeamter weder das Verbrechen der falschen Anklage noch das der falschen Untersuchung in mittelbarer Täterschaft begehen (etwa in Idealkonkurrenz mit falscher Anschuldigung); ebensowenig aber auch der Beamte, der ohne eigene Zuständigkeit zur Anklage oder Untersuchung den zuständigen Beamten bindende Weisungen geben kann (z. B. Justizminister als Vorgesetzter der Staatsanwaltschaft; a. M. *Binding*); wohl aber kann z. B. der erste Staatsanwalt mittelbarer Täter werden durch Anweisung eines ihm untergebenen Staatsanwalts (§ 147 GVG.), der höhere Gerichtsherr durch Anweisung des ihm untergebenen Gerichtsherrn (§ 24 MStGO.). Endlich kann der Anklagebeamte ebensowenig mittelbarer Täter der falschen Untersuchung sein, als der Untersuchungsbeamte mittelbarer Täter der falschen Anklage

(etwa im Fall des § 173 StPO.; § 206 gehört schon deshalb nicht hieher, weil hier die dem Eröffnungsbeschluß entsprechende Anklageschrift keinen Antrag auf Untersuchung mehr enthalten kann). Täter der falschen Anklage kann vielmehr nur der Anklagebeamte, Täter der falschen Untersuchung nur der Untersuchungsbeamte sein. Damit haben wir schon die falsche Anklage und die falsche Untersuchung einander gegenübergestellt in ihrem Verhältnis, wie wir es im folgenden noch näher zu betrachten haben, als zwei selbständige Tatbestände.

§ 6.

5. Eröffnung und Fortsetzung einer Untersuchung, beantragen und beschließen.

I. § 344 unterscheidet zwischen „beantragen" und „beschließen", bei beiden dann wieder zwischen „Eröffnung" und „Fortsetzung" einer Untersuchung; er enthält somit vier verschiedene Handlungsmöglichkeiten. In welchem Verhältnisse stehen nun diese vier Möglichkeiten zueinander? Schließen sie etwa vier selbständige, gleichberechtigte Tatbestände in sich oder umgekehrt vier unselbständige Begehungsarten eines und desselben Tatbestandes? Oder aber, und dann in welcher Weise, teils das eine, teils das andere? Inwieweit liegt in § 344 (nach Wertheimer, Mischgesetze) ein „kumulatives", inwieweit ein „alternatives Mischgesetz" vor? — Im Gegensatz zu Wertheimer, welcher nur diese zwei Möglichkeiten kennt (kumulative Mischgesetze: mehrere Delikte — alternative Mischgesetze: mehrere verschiedene Begehungsarten desselben Delikts), unterscheidet Ostern (Die Alternativität bei strafprozessualen Willenserklärungen, S. 82 ff., 93 ff.), der dieselben Fragen berührt, dreierlei Möglichkeiten:

1. Mehrere selbständige Tatbestände,
2. ungleichwertige Modalitäten,
3. gleichwertige Modalitäten eines und desselben Tatbestandes; allein ein begrifflicher Unterschied der Fälle 1. und 2. läßt sich schwer erkennen; muß man nicht vielmehr anstatt von selbständigen Begriffsmerkmalen bei Einheit des Tatbestandes, besser von mehreren selbständigen Tatbeständen sprechen, denen nur alle übrigen Merkmale außer den durch „oder" verbundenen gemeinsam sind? So wird es richtiger sein, mit Wertheimer so-

wie Löwe (§ 292 Nr. 2) nur zwischen selbständigen Tatbeständen und Modalitäten desselben Tatbestandes zu unterscheiden.

Fragen wir nun, durch welche Kennzeichen, unter welchen Gesichtspunkten sich diese zwei Arten von Mischstrafgesetzen unterscheiden, so ist zunächst ohne weiteres ersichtlich, daß in der Fassung der einzelnen Mischgesetze der Unterschied nicht liegen kann: das eben ist ja der mehrfach beklagte Mangel unseres Strafgesetzbuchs, daß es gewohnheitsmäßig alle möglichen Tatbestandsmerkmale mit „oder" aneinanderreiht, ohne je zum Ausdruck zu bringen, was dieses „oder" bedeuten soll. Aber auch auf inhaltlichem Gebiet lassen sich, wie Wertheimer wohl richtig bemerkt, bestimmte Regeln, nach denen ein Mischgesetz der einen oder anderen Art beizuzählen ist, nicht aufstellen: es ist eben in freier Auslegung zu ermitteln, ob ein Mischgesetz ein einheitliches oder mehrere selbständige Verbrechen enthält.

Für § 344 nun ist es außer Streit, daß das Gesetz in den Worten „beantragen" und „beschließen" zwei vollständig selbständige Tatbestände aufstellt, einen Tatbestand der falschen Anklage und einen Tatbestand der falschen Untersuchung; für jenen ist tauglicher Täter nur der staatsanwaltschaftliche, für diesen nur der richterliche Beamte: beides nicht im Sinne der Gerichtsverfassung genommen, sondern in dem weiteren Sinne der Zuständigkeit zu Strafklagehandlungen („beantragen") einerseits, zur Untersuchung („beschließen") andererseits. So insbesondere Oppenheim (S. 135/136), Wertheimer (S. 66); ferner Olshausen, Binding, Hälschner. Demgegenüber wird das Verhältnis zwischen „Eröffnung" und „Fortsetzung" der Untersuchung im großen und ganzen stillschweigend übergangen; schon hieraus ist allerdings deutlich genug zu entnehmen, daß niemand darin eine weitere Spaltung der Tatbestände begründet sieht. § 344 enthält nur die beiden Tatbestände „beantragen" und „beschließen einer Untersuchung". Die Worte „Eröffnung" oder „Fortsetzung einer Untersuchung" dagegen enthalten — diese Auffassung kommt auch bei Olshausen (N. 2) mit ziemlicher Deutlichkeit zum Ausdruck — nicht wieder verschiedene Tatbestände, sondern nur das eine, gemeinsame Tatbestandsmerkmal „Untersuchung", aufgelöst in seine gleichwertigen Anwendungsfälle „Eröffnung" und „Fortsetzung".

Welches sind nun die Folgerungen, die wir aus dieser Bedeutung der beiden „oder" in § 344 zu ziehen haben?" — Auf materiellem Gebiet zunächst die, daß § 344, soweit er „beantragen" und „beschließen" einander gegenüberstellt, zwei verschiedene Strafgesetze i. S. d. § 73 StGB. enthält, nicht dagegen, soweit „Eröffnung" und „Fortsetzung" einander gegenüberstehen: daher ist Idealkonkurrenz zwischen „Eröffnung" und „Fortsetzung" ausgeschlossen; zwischen „beantragen" und „beschließen" andererseits ist sie — trotz Mehrheit der Strafgesetze — deshalb nicht möglich, weil diese beiden Begriffe einander ausschließen und auch Begehung durch denselben Täter begrifflich ausgeschlossen ist. Weiter ist wegen der Verschiedenheit der Tatbestände die Mittäterschaft zwischen beantragendem und beschließendem Beamten unmöglich, zwischen eröffnendem und fortsetzendem beim Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen der Mittäterschaft an sich möglich; ebenso ist Antrag und Beschluß in fortgesetzter Handlung — auch hier schon wegen der notwendigen Verschiedenheit der Täter — begrifflich ausgeschlossen, Eröffnung und Fortsetzung in fortgesetzter Handlung dagegen begrifflich möglich. Endlich ist, soweit „Antrag" oder „Beschluß" in Frage steht, notwendig, daß Tatbestand und Vorsatz sich decken, d. h. dem Antrag muß Antragsvorsatz, dem Beschluß Beschlußvorsatz entsprechen; soweit dagegen „Eröffnung" oder „Fortsetzung" in Frage steht, ist der Vorsatz übertragbar, so daß Eröffnung mit dem Vorsatz fortzusetzen, und umgekehrt Fortsetzung mit dem Vorsatz zu eröffnen, theoretisch hinreichend wären; tatsächlich ist ein solcher Irrtum im Vorsatz angesichts der formalen Natur der tatbestandlichen Handlungen, die eine Unklarheit über deren rechtliche Natur (insbesondere bei juristisch geschultem Täter) kaum denkbar erscheinen läßt, wohl ziemlich ausgeschlossen.

Auf prozessualem Gebiet ist die wesentlichste Folgerung aus dem Gesagten, daß nicht die Merkmale „beantragen" oder „beschließen", wohl aber „Eröffnung" oder „Fortsetzung" im Urteil alternativ festgestellt und dementsprechend auch alternativ in eine Geschworenenfrage aufgenommen werden dürften. Weiter enthält § 344, soweit er „beantragen" und „beschließen" unterscheidet, zwei verschiedene Strafgesetze i. S. d. § 264 StPO., nicht dagegen, soweit der Unterschied zwischen „Eröffnung" und

„Fortsetzung" in Frage kommt; daher ist nur in ersterer Beziehung, nicht auch in letzterer, ein Hinweis auf eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts notwendig. Dieselben Gesichtspunkte sind entsprechend anzuwenden, wo das Gesetz eine Bezeichnung der strafbaren Handlung oder des anzuwendenden Strafgesetzes erfordert (§§ 114 Abs. 2, 321 Abs. 1, 266, 198 Abs. 1 StPO. u. a.): welcher von verschiedenen Tatbeständen angenommen wird, muß kenntlich gemacht sein; nicht aber, welche Modalität eines und desselben Tatbestandes (vgl. hiezu im einzelnen Wertheimer a. a. O., §§ 2 und 3).

II. Durch die Worte „beantragt" oder „beschließt" wird der Tatbestand eingeschränkt auf die Fälle einer förmlichen Untersuchungs-Eröffnung oder -Fortsetzung; hier kommt also in Wirklichkeit erst das herein, was teilweise schon in dem Begriff der Untersuchung selbst gesucht wird. Straflos bleiben dadurch die Fälle, in denen rein tatsächlich ohne vorangegangenen Antrag, ohne Beschluß eine Untersuchung eröffnet oder fortgesetzt wird. Der Grund dieser Beschränkung liegt darin, daß die rein tatsächliche Untersuchung für den Betroffenen nicht denjenigen Grad von Behelligung und Gefahr der ungerechten Verurteilung mit sich bringt, welcher die Strafdrohung des § 344 rechtfertigen würde. Im Hintergrund steht zwar diese Gefahr auch schon bei der formlosen, rein tatsächlichen Untersuchung, allein in greifbare Nähe rückt sie erst mit den formellen Handlungen eines Untersuchungsantrags oder -beschlusses. Hauptbeispiel der rein tatsächlichen Untersuchung ist das staatsanwaltschaftliche und das polizeiliche Ermittlungsverfahren. Wie schwer ist insbesondere das letztere vielfach von der polizeilichen Ueberwachungstätigkeit abzugrenzen, wie schwer auch oft zu bestimmen, von welchem Augenblick an es sich überhaupt gegen eine bestimmte Person richtet! Z. B. die Polizei kontrolliert die Einhaltung gewisser gewerbepolizeilicher Vorschriften in allen Betrieben einer bestimmten Art: ist etwa damit schon gegen die Inhaber eine Untersuchung in der Richtung eröffnet, ob sie sich einer Zuwiderhandlung schuldig gemacht haben? (In der äußeren Gestalt der Nachforschung kann doch hier ein Unterschied nicht liegen; in dem einer Untersuchung zugrunde liegenden Verdacht wohl auch nicht, denn einen gewissen Grad von Verdacht der Zuwiderhandlung setzt doch schon die

Kontrolle voraus.) Nehmen wir nun weiter an, der Beamte finde in einem dieser Betriebe tatsächlich, daß der betreffenden Vorschrift zuwidergehandelt sei, und stelle verschiedene Personen, deren Verantwortlichkeit in Frage kommen kann, darüber zur Rede: kann nun eine dieser Personen, und welche, von sich sagen, es sei gegen sie eine Untersuchung eröffnet worden?

Das formale Erfordernis „beantragen" oder „beschließen" ist nun nicht so zu verstehen, daß unter § 344 nur eine Prozeßhandlung fallen könnte, die den Namen Antrag bezw. Beschluß trägt; vielmehr ist der Beschluß (um diesen voranzustellen) inhaltlich zu verstehen als die Willenserklärung des Untersuchungsbeamten, daß Untersuchung stattfinden solle, der Antrag als das Verlangen der Strafverfolgungsbehörde an die Untersuchungsbehörde, eine solche Willenserklärung abzugeben. Welchen Ausdruck das Gesetz im einzelnen hiefür gebraucht, ist für uns unerheblich; der Antrag könnte z. B. auch bezeichnet sein als Ersuchen (nur ist zu beachten, daß ein Ersuchen nach der StPO. tatsächlich nur einzelne Prozeßhandlungen, z. B. Beweiserhebungen, somit keine „Untersuchung" zum Gegenstand hat), oder auch als Anklage; er kann auch liegen in der Rechtsmitteleinlegung. Beschluß i. S. d. § 344 kann auch eine „Verfügung" sein; z. B. die Verfügung des Untersuchungsrichters, eine Voruntersuchung zu eröffnen, die Anklageverfügung des Gerichtsherrn nach MStGO. Wesentliches Erfordernis ist nur, daß beim Beschluß der Eintritt in einen neuen Prozeßabschnitt, beim Antrag der Wille, diesen Eintritt hervorzurufen, deutlich erkennbar hervortritt, sei es nun ausdrücklich, sei es in schlüssiger Handlung; Beispiele für letzteres sind insbesondere die Anberaumung der Hauptverhandlung gemäß § 211, der Eintritt in die Verhandlung gemäß § 265 StPO. (beides eine Eröffnung des Hauptverfahrens in sich schließend); endlich die Anberaumung eines Hauptverhandlungstermins in der Rechtsmittelinstanz.

Wenn auch im allgemeinen dem Untersuchungsbeschluß ein Antrag in dem genannten Sinn vorangegangen sein wird, so ist dies doch nicht wesentlich und notwendig: der Beschluß kann ebenso wie auf den Antrag eines zuständigen Beamten auch auf Antrag einer Privatperson oder auch ohne vorhergegangenen Antrag überhaupt von Amts wegen ergangen sein.

III. Antrag und Beschluß müssen zum Gegenstand haben eine ihrem Inhalt nach dem Beschuldigten nachteilige Untersuchung. Worin besteht nun der wesentliche Inhalt der Untersuchungsanträge und -beschlüsse? Nach §§ 198, 205 StPO. hat die Anklageschrift, der Eröffnungsbeschluß eine „Bezeichnung der dem Angeschuldigten zur Last gelegten Tat" zu enthalten „unter Hervorhebung ihrer gesetzlichen Merkmale und des anzuwendenden Strafgesetzes", also einesteils eine die Tat individualisierende Darstellung des Sachverhalts, anderenteils eine Subsumtion dieses Sachverhalts unter ein Strafgesetz. Wie nun, wenn tatsächliche Darstellung und rechtliche Subsumtion nicht übereinstimmen und entweder nur die eine oder nur die andere zum Nachteil des Beschuldigten verfälscht ist? (Praktisch denkbar sind solche Fälle kaum; denn der Täter des § 344, der sich doch seiner Handlungsweise bewußt ist, wird sich wohl hüten, durch Widersprüche in seinen Anträgen oder Beschlüssen sich verdächtig zu machen, vielmehr Tatsachendarstellung und Subsumtion sorgfältig im Einklang halten.) Welche von beiden ist dann maßgebend? Genügt es überhaupt, wenn die eine o d e r die andere zum Nachteil des Beschuldigten gewendet ist? Blicken wir, um diese Frage zu beantworten, auf das Bisherige zurück und stellen wir nochmals fest, daß unschuldig ist, gegen wen ein behaupteter Strafanspruch nicht begründet ist, daß der Strafanspruch aber bestimmt ist durch das auf die Tat zutreffende Strafgesetz; daß ferner Nachteil ist die Gefahr des Schuldspruchs nach Maßgabe eines nicht zutreffenden, zu harten Strafgesetzes, so müssen wir auch den Kern eines Untersuchungsantrags oder -beschlusses sehen im Ausdruck des Willens, einen Beschuldigten zu verfolgen auf Grund eines bestimmten Strafgesetzes, dieses Strafgesetz auf ihn zur Anwendung zu bringen. In diesem Sinn verhält sich die rechtliche Kennzeichnung der Tat zu der tatsächlichen Darstellung wie der Tenor des Urteils zu seinen Gründen. Maßgebend im Sinne des § 344 ist nur die rechtliche Kennzeichnung, nicht die tatsächliche Darstellung. Hienach liegt falsche Verfolgung i. S. d. § 344 StGB. vor im Fall zu schwerer rechtlicher Subsumtion selbst bei zutreffender tatsächlicher Darstellung; andererseits liegt der Tatbestand des § 344 StGB. nicht vor im Fall zutreffender rechtlicher Kennzeichnung der Tat bei falscher tatsächlicher Darstellung, und dies

nicht nur dann, wenn die tatsächliche Darstellung nur rein quantitativ, im Rahmen desselben Strafgesetzes, die Schuld schwerer erscheinen läßt als in Wirklichkeit (in solchem Fall entsteht ein Widerspruch zwischen Tatsachendarstellung und Subsumtion nicht), sondern auch dann, wenn die tatsächliche Darstellung geeignet ist, die Anwendung eines schwereren als des im Tenor genannten, zutreffenden Strafgesetzes zu begründen, wenn also die tatsächliche Darstellung zur Subsumtion in Widerspruch tritt.

IV. Die Worte „beantragen oder beschließen" sind nicht in dem Sinn formal zu verstehen, daß die Handlung des Täters selbst schon einen Antrag oder Beschluß darstellen müßte, vielmehr ist der Tatbestand ein materieller in dem Sinn, daß eine Handlung, auch ohne formell Antrag zu sein, unter § 344 fallen kann, wenn sie nur als Erfolg einen dem Tatbestand entsprechenden Antrag oder Beschluß herbeiführt. Daß der Tatbestand in mittelbarer Täterschaft begangen werden kann durch Anweisung eines untergebenen zuständigen Beamten, wobei freilich der mittelbare Täter seinerseits ein zu Handlungen der in Frage kommenden Art zuständiger Beamter sein muß, wurde schon erwähnt. Das Hauptbeispiel aber, in welchem die Täterhandlung formell gar nicht Beschluß sein kann, und das zugleich die Richtigkeit des hier an die Spitze gestellten Satzes beweist, ist der Fall des Kollegialbeschlusses (vergl. hiezu insbesondere Binding, Lehrbuch, und Binding, Gerichtssaal, Bd. 64 S. 1 ff.: Das Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung). Hier beschließt formell genommen gar nicht das einzelne Kollegialmitglied, auch nicht die Mehrheit, sondern das Kollegium als Ganzes. Täter i. S. d. § 344 ist hier der Kollegialbeamte, der durch seine Tätigkeit im Kollegium den falschen Beschluß vorsätzlich verursacht oder mit verursacht hat. Nehmen wir als Beispiel eine Strafkammer, die in der Besetzung mit drei Mitgliedern über die Eröffnung eines Hauptverfahrens zu beschließen hat, und unterscheiden wir dabei folgende Fälle:

1. Alle Mitglieder haben wissentlich zum Nachteil eines Unschuldigen gestimmt: zweifellos ein Fall der Mittäterschaft oder Nebentäterschaft.

2. Haben beim einstimmigen Beschluß zwei Mitglieder dolos,

das dritte bona fide gestimmt, so liegt selbstverständlich ebenfalls Mittäterschaft oder auch Nebentäterschaft der beiden erstgenannten vor. Handelt dagegen beim einstimmigen Beschluß nur einer dolos, so ist dieser Täter, wenn er die anderen, sei es durch seine eigene Abstimmung, sei es durch beratende Beeinflussung ihrer Meinung, auf seine Seite gebracht hat. Fehlt dieser ursächliche Zusammenhang, so liegt nach Binding ganz allgemein Versuch vor. Ohne weiteres ist dies als möglich zuzugeben, wenn bei der Abstimmung des dolosen Mitglieds das Ergebnis noch nicht entschieden war, also jedenfalls wenn dieses zuerst gestimmt hat. Stimmt es als zweites, so führt es damit den Erfolg herbei, macht sich also der vollendeten Tat schuldig. Stimmt es aber als drittes, kann es denn dann den Erfolg des falschen Beschlusses herbeiführen wollen, also einen Versuch begehen? Seine Abstimmung ist doch dann für den Erfolg bedeutungslos: ebensogut wie es sich in diesem Fall der Mehrheit anschließen kann, ohne an dem Ergebnis etwas zu ändern, kann es sich sagen: „es ist unnötig, daß ich auch noch für Eröffnung stimme", und nun seiner wahren Ueberzeugung gemäß dagegen stimmen. Hienach käme es also für die Frage, ob Vollendung oder Versuch oder auch dieser nicht vorliegt, auf die Reihenfolge der Abstimmung an: ein Ergebnis, das zwar eigenartig, aber folgerichtigerweise kaum zu umgehen ist, und das in hohem Grad unbefriedigend wäre, wenn nicht in diesen Fällen eine Bestrafung wegen Rechtsbeugung (§ 336) möglich wäre (s. u. § 11).

3. Auch im Falle des Mehrheitsbeschlusses kann das dolos handelnde Kollegialmitglied die falsche Entscheidung herbeiführen entweder unmittelbar durch die eigene Abstimmung oder mittelbar durch Beeinflussung der Abstimmung seiner Kollegen; Versuch kann — nach allgemeinen Grundsätzen — dann vorliegen, wann der Täter mit seiner Meinung nicht durchgedrungen ist.

Endlich besteht hierbei die Möglichkeit einer Begehung durch Unterlassung: jedes Kollegialmitglied ist verpflichtet, nach bestem Wissen auf das Zustandekommen eines richtigen Beschlusses hinzuwirken; unterläßt es dies, indem es keinen Versuch macht, sein besseres Wissen von der Unschuld des Beschuldigten in die Wagschale zu werfen und seine Kollegen von einer falschen, dem Beschuldigten nachteiligen Meinung abzubringen, so kann es auch

hiedurch ein dem Beschuldigten nachteiliges Abstimmungsergebnis verursachen; in dieser Erwägung würde wohl auch in den oben genannten Fällen, wo eine Abstimmung an letzter Stelle als solche weder Vollendung noch Versuch mehr ist, regelmäßig ein Ausweg liegen, um ein solches Handeln auch nach § 344 strafbar zu machen. Mit einer solchen Begehung in mittelbarer Täterschaft durch schuldhaftes Unterlassen einer pflichtgemäßen Beeinflussung der Abstimmung der Kollegen ist es durchaus vereinbar, daß das dolose Kollegialmitglied für seine Person richtig gestimmt hat.

Das Gesagte läßt sich dahin zusammenfassen: beim Kollegialmitglied kommt es nicht darauf an, wie es für seine Person abgestimmt, sondern wie es auf das Ergebnis der Abstimmung eingewirkt hat.

§ 7.

II. Die Rechtswidrigkeit.

I. Wann sind Verfolgungsverhandlungen gegen Unschuldige rechtswidrig? Wann sind sie zulässig? — Diese Frage führt uns zu unserem Ausgangspunkt zurück. Auch hier bleiben wieder außer Betracht die Rechtssätze über die Prozeßvoraussetzungen. Diese bilden wohl die Voraussetzungen der strafprozessualen Verfolgung überhaupt, sie haben aber sowenig, wie mit dem Begriff der Schuld oder Unschuld selbst, mit der besonderen Frage zu tun, wann gerade gegen den Unschuldigen eine strafprozessuale Verfolgung zulässig ist. Es genügt, hier mit einem Wort nur auf den an sich selbstverständlichen Gedanken zurückzukommen, daß das strafprozessuale Einschreiten gegen Unschuldige deshalb nicht allgemein unzulässig sein kann, weil ja der Strafprozeß eben dazu bestimmt ist, festzustellen, ob jemand schuldig oder unschuldig ist; so ist der nur möglicherweise Schuldige das durchaus normale Objekt der Strafverfolgung. Zum unzulässigen Mißbrauch der Strafverfolgungsgewalt wird die Strafverfolgung jedoch da, wo die Unschuld des Verfolgten schon von vornherein feststeht, dem Verfolgenden bekannt ist. Wenn dies hier nochmals hervorgehoben wird, so geschieht es nur um deswillen, um zu zeigen, wie ein subjektives, sonst dem Gebiet des Vorsatzes

angehöriges Moment hier zum Bestandteil der Rechtswidrigkeit wird (vgl. Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 142).

II. Welcher Art ist nun die Kenntnis der Unschuld, welche § 344 StGB. voraussetzt? Es wird ein Kennen, ein Wissen der Unschuld verlangt, also eine mit der Wirklichkeit übereinstimmende, auf mehr oder weniger zwingende Gründe gestützte Ueberzeugung. Es genügt nicht ein, wenn auch der Wirklichkeit entsprechendes, so doch nicht auf Gründe, d. h. auf Tatsachen gestütztes Glauben an die Unschuld des Verfolgten. So fällt also insbesondere die bewußt ohne „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte" (§ 152 StPO.) erhobene Anklage, das bewußt ohne „hinreichenden Verdacht" (§ 201 StPO.) eröffnete Hauptverfahren nicht unter § 344 StGB. Fehlen aber für den verfolgenden Beamten nicht nur hinreichende Anhaltspunkte für eine Schuld, sondern jeglicher Anhaltspunkt, und ist dabei der Verfolgte tatsächlich unschuldig, kann man auch dann noch nicht von Kenntnis der Unschuld sprechen? — Hier ist doch darauf hinzuweisen, daß Kennen und Wissen einer Tatsache historischer Art keine mathematisch zwingende Gewißheit, sondern eine Gewißheit im Sinne des täglichen Lebens, im Sinne also einer vernünftigen, freien Beweiswürdigung bedeuten muß; in demselben Sinn, wie ich z. B. sagen darf: „ich weiß, daß der und der noch lebt", wenn ich ihn vor ein paar Tagen gesund und wohl angetroffen und irgendwelche gegenteiligen Tatsachen seitdem nicht erfahren habe, obgleich hierin ein streng logischer Beweis dafür, daß der Betreffende jetzt noch lebt, ja gewiß nicht gelegen ist. Es muß also für uns als Wissen genügen die Kenntnis von Umständen, welche ihrerseits nach den Regeln des täglichen Lebens einen Schluß auf die weitere Tatsache zulassen. So müssen wir es also auch als Kenntnis der Unschuld genügen lassen, wenn einerseits der Verfolgte tatsächlich unschuldig, andererseits der verfolgende Beamte sich bewußt ist, daß kein Anhaltspunkt, kein Verdacht der Schuld gegen den Verfolgten besteht.

Dies muß um so mehr gelten, als bei einer negativen Tatsache, wie es die Unschuld eines Menschen an einer bestimmten Tat ist, ein streng logischer, zwingender Beweis ohnehin erschwert, oft ausgeschlossen ist.

III. Die Kenntnis der Unschuld kann nun eine verschiedene sein auch nach der Quelle, aus der sie entspringt: sie kann auf amtlichem Weg erworbenes (regelmäßig aktenkundiges) oder auch privates Wissen sein. Dieser Umstand wird insofern von Bedeutung, als nur jenes, nicht aber dieses die unmittelbare Grundlage amtlicher Entscheidungen bilden kann.

Nicht als ob dieses bei Entscheidungen der in Betracht kommenden Art unberücksichtigt bleiben dürfte; der Unterschied gegenüber dem amtlichen, aktenmäßigen Wissen besteht nur darin, daß es erst irgendwie in das Verfahren eingeführt werden muß. Hieraus folgt, daß Untersuchungshandlungen, die dazu bestimmt sind, ein solches privates Wissen zu Gunsten eines Beschuldigten in den Prozeß einzuführen und damit erst verwertbar zu machen, nicht rechtswidrig sein können. Hienach schließt auch private Kenntnis der Unschuld wohl die Zulässigkeit einer Anklage oder Eröffnung des Hauptverfahrens aus; wohl aber kann unter dem genannten Gesichtspunkt gerechtfertigt sein auf Seiten des Gerichts die Anordnung einer Voruntersuchung oder der Ergänzung einer solchen gemäß § 200 StPO.; auf Seiten der Staatsanwaltschaft der Antrag auf Ergänzung einer Voruntersuchung gemäß § 195, gelegentlich vielleicht sogar der Antrag auf Eröffnung einer solchen gemäß § 176; dagegen gehören einzelne Ermittlungshandlungen oder Beweisanordnungen nicht hieher, weil keine „Untersuchung" (s. o.).

IV. Aber nicht nur in diesen Fällen, wo es sich um Verwertung privaten Wissens handelt, sondern ganz allgemein entfällt die Rechtswidrigkeit überall da, wo eine Untersuchung als zur Entlastung erforderlich beantragt oder beschlossen wird. Hier ist insbesondere folgender Fall denkbar: eine Voruntersuchung hat stattgefunden, der Staatsanwalt ist nach deren Ergebnis von der Unschuld des Beschuldigten überzeugt, jedoch nicht davon, ob der vorliegende Stoff zur Außerverfolgsetzung genügen wird: er beantragt, und zwar ausgesprochenermaßen zum Zweck der Entlastung, Ergänzung der Voruntersuchung. (Hat keine Voruntersuchung stattgefunden, sondern nur ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren, so kann der Staatsanwalt, der zu der Ueberzeugung von der Unschuld des Beschuldigten gelangt ist, ja selbst einstellen.) Bei dem Gericht, das seinen Beschluß über die

Eröffnung des Hauptverfahrens zu fassen hat, ist ein entsprechender Fall nicht denkbar: ist es auf Grund des vorliegenden Stoffes von der Unschuld des Beschuldigten überzeugt, so hat es eben das Hauptverfahren nicht zu eröffnen, den Angeschuldigten außer Verfolgung zu setzen.

Der Hauptfall eines Antrags auf Fortsetzung einer Untersuchung in ausgesprochener Entlastungsabsicht, bei welchem übrigens nach dem oben Ausgeführten schon das Tatbestandsmerkmal des Nachteils entfällt (s. o.), ist die Einlegung eines Rechtsmittels durch die Staatsanwaltschaft zu Gunsten eines Verurteilten. Eine andere Frage als die nach der Rechtmäßigkeit von Prozeßhandlungen gegen einen Unschuldigen in reiner Entlastungsabsicht bei schon schwebendem Strafverfahren ist aber die, ob es zulässig ist, gegen einen als unschuldig Bekannten nicht zum Zweck seiner Bestrafung, sondern zum Zweck der Klarstellung seiner Unschuld ein Strafverfahren erst einzuleiten. Diese Frage ist zu verneinen: ebensowenig wie in solchen Fällen der Nachteil für den Beschuldigten aufgehoben ist, ebensowenig entfällt auch die Rechtswidrigkeit. Das Gesetz kennt keinen andern Zweck eines Strafverfahrens, als den, den Schuldigen der verdienten Strafe zuzuführen, und es läßt deshalb auch eine strafrechtliche Verfolgung nur zu gegen den Verdächtigen, vermutlich Schuldigen; eine Strafverfolgung zu Gunsten eines Unschuldigen, zum Zweck seiner Rechtfertigung wäre also schlechthin gesetzwidrig. Nicht in derselben Schroffheit wird dies zu behaupten sein auf dem Gebiet des Disziplinarverfahrens. Wie oft können wir lesen, ein Beamter habe, um sich von einem gegen ihn erhobenen Vorwurf zu reinigen, „Disziplinaruntersuchung gegen sich beantragt"; ohne auf positives Recht auf diesem Gebiet einzugehen, das uns für diese Frage wohl auch nirgends einen Fingerzeig geben würde (vergl. z. B. Reichsbeamtengesetz), läßt sich doch jedenfalls feststellen, daß ein solcher Zweck dem Wesen des Disziplinarverfahrens nicht widerspricht; der Zweck der Beamtendisziplin ist ja nicht ausschließlich der, einen Beamten, der sich gegen seine Beamtenpflichten verfehlt hat, der verdienten Strafe zuzuführen, sondern auch, Ehre und Ansehen des Beamtenstandes zu wahren und reinzuhalten, und dieser Zweck wird dadurch, daß die Grundlosigkeit eines gegen einen

Beamten lautgewordenen Vorwurfs klargestellt wird, in demselben oder eigentlich noch höherem Grade erfüllt.

V. Die Rechtswidrigkeit der Untersuchung kann trotz am Tage liegender Unschuld ausnahmsweise entfallen, nämlich da vor allem, wo eine Fortsetzung der Untersuchung gesetzlich geboten ist, so in den Fällen eines Rechtsmittels, Einspruchs u. dgl. Die Rechtswidrigkeit einer Verfolgungsverhandlung kann weiter ausgeschlossen sein durch bindende Weisung. So handelt rechtmäßig der Staatsanwalt, der gemäß § 147 GVG. den dienstlichen Anweisungen seines Vorgesetzten nachkommt, wozu er unbedingt, also streng genommen auch gegen die eigene Ueberzeugung verpflichtet ist (vergl. Bennecke-Beling, S. 128, Anm. 8; Löwe zu § 147 GVG.; Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Bd. 3, S. 417); der Untersuchungsrichter, der auf Antrag der Staatsanwaltschaft in einem Fall, in welchem ihm das Gesetz die Ablehnung des Antrags nicht gestattet, die Voruntersuchung eröffnet; der Staatsanwalt, der auf einen Gerichtsbeschluß i. S. des § 173 StPO. hin die öffentliche Klage erhebt. (Die Einreichung einer Anklagschrift entsprechend dem vorangegangenen Eröffnungsbeschluß, § 206 StPO., gehört nicht hieher, weil sie keinen „Antrag auf Untersuchung" mehr enthält.)

Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des anweisenden Beamten unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Täterschaft ist, wie schon erwähnt (s. o. § 5), nur insoweit möglich, als der anweisende Beamte tauglicher unmittelbarer Täter des Verbrechens wäre: dies trifft nicht zu für den Anklagebeamten, der einen Untersuchungsbeschluß, und für den beschließenden Beamten, der eine Anklage verursacht; ebenso aber auch nicht für den zur Anklage anweisenden Beamten, dem die eigene Zuständigkeit zu derselben Handlung fehlen würde (anderer Meinung Binding). In diesen letztgenannten Fällen ergäbe sich allerdings die unerwünschte Folge, daß überhaupt niemand strafrechtlich verantwortlich gemacht werden könnte, der anweisende Beamte nicht mangels Zuständigkeit, der angewiesene nicht mangels Rechtswidrigkeit. Einen abweichenden Standpunkt nimmt in den Fällen der rechtlich bindenden Anweisung van Calker (Die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf Befehl begangener Handlungen) ein: dieser will die Anweisung auf Seiten des Angewiesenen nur als per-

sönlichen Schuldausschließungsgrund behandeln, auf Seiten des Anweisenden dagegen nicht als mittelbare Täterschaft, sondern als Anstiftung.

VI. Nicht ausgeschlossen wird die Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung des Unschuldigen, wie dies ja aus dem schon zu Beginn betonten Charakter des Verbrechens des § 344 als eines solchen gegen die Gesamtheit, gegen die Rechtspflege mit Selbstverständlichkeit hervorgeht.

§ 8.

III. Der Vorsatz.

Nur die vorsätzliche, nicht die fahrlässige Verfolgung Unschuldiger ist gemäß § 344 StGB. strafbar.

I. Der Täter muß wissen, daß er die Eröffnung oder Fortsetzung einer Untersuchung beantragt oder beschließt, und daß er ein zu solchen Handlungen zuständiger Beamter ist.

II. Dem Täter muß die Unschuld des Beschuldigten in dem oben besprochenen Sinn bekannt sein, er muß in dieser Beziehung wieder besseres Wissen handeln; dolus eventualis, d. h. das Bewußtsein, einen möglicherweise Unschuldigen zu verfolgen, verbunden mit der Billigung dieser Möglichkeit, genügt nicht.

III. Der Täter muß sich bewußt sein, zum Nachteil des Unschuldigen zu handeln. Wie nun objektiv der Nachteil i. S. d. § 344 in der mit der Untersuchung allgemein verbundenen Gefahr eines materiell nicht (und zwar entweder überhaupt nicht oder nicht in dieser Schwere) gerechtfertigten Schuldspruchs besteht, ohne daß das Vorliegen dieser Gefahr im einzelnen Fall besonders nachzuprüfen wäre, so genügt auch zum Vorsatz das Bewußtsein, eine Untersuchung einzuleiten, welche ihrem Inhalt nach auf einen unbegründeten Schuldspruch hinzielt und hiedurch die Gefahr eines solchen begrifflich mit sich bringt (abstrakter Gefährdungsvorsatz); es ist also nicht erforderlich der Wille, diesen falschen Schuldspruch selbst wirklich herbeizuführen; das Bewußtsein, zum Nachteil des Unschuldigen zu handeln, wird deshalb auch nicht ausgeschlossen durch die Absicht, auf diesem Wege eine Rechtfertigung des Unschuldigen durch einen zu erwartenden Freispruch zu erzielen. Ebensowenig, wie das Bewußtsein, zum Nachteil des Unschuldigen zu handeln, wird durch die Absicht

der Rechtfertigung das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausgeschlossen: ganz allgemein oder doch regelmäßig weiß ja der Strafverfolgungsbeamte, daß er eine Untersuchung nur einleiten darf gegen den vermutlich Schuldigen zum Zweck der Bestrafung. (So auch Binding; anderer Meinung Oppenheim, Olshausen, Frank, die bei „guter Absicht" den Vorsatz verneinen, Meves in Holtzendorffs Handbuch, der auch den objektiven Tatbestand verneint.) Anders dagegen, wenn bei schon schwebendem Strafverfahren Untersuchungsmaßnahmen veranlaßt werden in ausgesprochener Entlastungsabsicht: hier entfällt aber, wie oben ausgeführt, nicht nur der Vorsatz, sondern schon die objektive Rechtswidrigkeit.

§ 9.

IV. Vollendung und Versuch.

I. Vollendet ist das Verbrechen des § 344 mit dem prozeßordnungsmäßigen Zustandekommen des Antrags, des Beschlusses.

1. Anträge werden, soweit sie schriftlich gestellt werden, dann wirksam, wenn sie der Behörde zugehen, an die sie sich richten; soweit sie in der mündlichen Verhandlung gestellt werden (vgl. §§ 211, 265 StPO.), mit der Abgabe der Erklärung. Entsprechendes gilt von Rechtsmittelerklärungen.

2. Der Zeitpunkt, in dem strafprozessuale Beschlüsse wirksam werden, ist nicht allgemein dem § 35 StPO. zu entnehmen, da aus dieser Bestimmung nicht zu schließen ist, daß überhaupt alle Entscheidungen der Bekanntmachung bedürfen (vergl. Bennecke-Beling; Löwe zu § 35 StPO.). Soweit freilich eine Bekanntmachung durch Verkündung stattfindet, bildet diese den maßgebenden Zeitpunkt, zum Beispiel beim Beschluß, gemäß § 265 StPO. in die Verhandlung einzutreten; findet jedoch keine Verkündung statt, so ist nicht der Zeitpunkt der Zustellung maßgebend, sondern derjenige der vollständigen schriftlichen Abfassung und Unterschrift (so Bennecke-Beling; a. M. Binding, Bennecke, Stenglein, zum Teil Löwe).

Alles, was vor diesem prozeßordnungsmäßigen Zustande-

kommen eines Antrags oder Beschlusses liegt, gehört noch in das Stadium des Versuchs oder der Vorbereitung.

II. Daß ein Nachteil für den Unschuldigen entstanden ist, ist nach dem oben Gesagten kein weiteres Erfordernis, das zur Handlung hinzutreten müßte, um den Tatbestand des § 344 zu vollenden, sodaß trotz beendigter Handlung mangels eines Nachteils nur Versuch vorliegen könnte; das Vorhandensein des Nachteils ist vielmehr mit der bewußt ungerechtfertigten Verfolgungshandlung in dem oben erörterten Sinne begrifflich schon gegeben; der Nachteil ist nicht ein der Handlung nachfolgendes und durch sie verursachtes Ereignis, sondern eine der Untersuchung selber innewohnende Eigenschaft (ihre Nachteiligkeit).

III. Die Verfolgung eines vermeintlich Unschuldigen, tatsächlich Schuldigen ist ein typischer Fall des Versuchs am untauglichen Objekt und daher je nach der Stellungnahme zu dieser allgemeinen Frage, auf die einzugehen hier nicht erforderlich ist, zu beurteilen.

IV. Weitere Fälle der Versuche ergeben sich beim Kollegialbeschluß und sind oben (§ 6) schon besprochen.

§ 10.

V. Teilnahme.

Zur Frage der Teilnahme mag hier die allgemeine Bemerkung genügen, daß bei der Natur des Verbrechens des § 344 als eines „eigentlichen", und zwar eines „besonderen Amtsverbrechens" Mittäter nur sein können Beamte der in Betracht kommenden Zuständigkeit (Anklagezuständigkeit einerseits, Beschlußzuständigkeit andererseits), während Anstiftung und Beihilfe auch möglich ist von Seiten eines Beamten anderer Zuständigkeit oder eines Nichtbeamten (vergl. Olshausen, Vorbem. z. 28. Abschn. N. 8). Im übrigen kann, insbesonders was die mittelbare Täterschaft und die Gestaltung der Teilnahme in den Fällen des Kollegialbeschlusses betrifft, auch hier auf schon Gesagtes verwiesen werden (s. o. §§ 6 und 7).

§ 11.

VI. Verhältnis zu anderen Strafgesetzen.

I. In erster Linie ist von Wichtigkeit das Verhältnis des § 344 zu § 336 StGB.

1. Ohne auf alle Einzelheiten einzugehen, ist hier das Verbrechen der Rechtsbeugung nach § 336 in den wesentlichsten Punkten kurz zu umschreiben. Das Gebiet des § 336 ist die Leitung und Entscheidung von Rechtssachen, d. h. von solchen Angelegenheiten, bei welchen es sich darum handelt, über das Bestehen von subjektiven Rechten dem objektiven Recht gemäß, und zwar („Rechtssachen i. e. S." nach Oppenheim, § 6) auf dem Weg der Rechtsprechung, zu entscheiden. Täter können, von den Schiedsrichtern abgesehen, solche Beamte sein, welche mit der Leitung und Entscheidung von Rechtssachen im obengenannten Sinn, mit Rechtsprechungsaufgaben betraut sind, also im weiteren Sinn (nicht in dem der Gerichtsverfassung) richterliche Beamte. Das durch § 336 mit Strafe bedrohte Tun, die Rechtsbeugung, besteht in der Zuwiderhandlung gegen das objektive Recht, gegen materiellrechtliche oder prozessuale Rechtsnormen. Die Eigenart der Rechtsbeugung gegenüber Gesetzwidrigkeiten anderer, nicht richterlicher Beamter, die ja ebenfalls das Gesetz anzuwenden haben und es daher auch ebenso verletzen können, liegt in der besonderen Stellung des richterlichen Beamten zum Gesetz, in seinem Beruf zur autoritativen Auslegung und Anwendung des Gesetzes. Nach der Seite des subjektiven Rechts gewendet, bedeutet die Rechtsbeugung ein Zur-Geltung-bringen nicht bestehender oder ein Unterdrücken bestehender subjektiver Rechte (vergl. Oppenheim, Binding). Daß unter Rechtssachen, was hier hauptsächlich interessiert, auch die Strafsachen zu verstehen sind, ist allgemein anerkannt; nach überwiegender Ansicht (a. M. Binding) gehören auch die Disziplinarsachen hieher. Formell betrachtet ist die Tätigkeit des das Recht beugenden Beamten eine — sei es ausdrücklich, sei es konkludent — beschließende (Beschluß, Verfügung, Urteil). Endlich kehrt auch hier die Frage wieder, ob der Ausdruck „zu Gunsten oder zum Nachteil einer Partei" subjektiv oder objektiv zu verstehen, ob er etwa als in dem Begriff der Rechtsbeugung schon enthalten überhaupt überflüssig sei.

2. Aus dem Vorangeschickten ergibt sich, daß die Rechtsbeugung des § 336 und die falsche Anklage (§ 344, 1. Fall) einander ausschließen: Täter kann bei jener nur der richterliche

Beamte, bei dieser nur der Anklagebeamte sein, wie bei jener die strafbare Tätigkeit in einem „beschließen", bei dieser in einem „beantragen" besteht.

Anders das Verhältnis der Rechtsbeugung zur falschen Untersuchung (§ 344, 2. Fall): hier wie dort ist Täter der richterliche Beamte. Die Handlung besteht auch bei der falschen Untersuchung in einer Verletzung des objektiven Rechts, subjektiv gewendet in einem Zur-Geltung-bringen eines nicht zu Recht bestehenden Strafverfolgungsrechts gegen einen Unschuldigen, also in einer Beugung des Rechts. Daß es sich auf dem Gebiet des § 344 um Rechtssachen i. S. d. § 336 handelt, daß hiebei der Beschuldigte Partei ist und durch die falsche Untersuchung benachteiligt wird, bedarf keiner weiteren Ausführung. Nach dem allem stellt die falsche Untersuchung einen Spezialfall der Rechtsbeugung dar.

Dem § 336 bleiben hienach auf dem Gebiet des Strafverfahrens vorbehalten außer den Fällen, in welchen es sich nicht um einen Untersuchungsbeschluß handelt (Ermittlungsverfahren, prozeßleitende Verfügungen verschiedener Art, falsche Verurteilung), auch diejenigen Fälle, in welchen nicht gegen einen Unschuldigen, aber dennoch gesetzwidrig eine Untersuchung beschlossen wird: z. B. Eröffnung des Hauptverfahrens gegen einen tatsächlich Schuldigen, aber vom Standpunkt des beschließenden Richters aus ohne hinreichenden Verdacht; in diesem Fall liegt ebenso Rechtsbeugung vor, wie in dem bei Olshausen (§ 336 N. 2 a) erwähnten Fall, daß der Richter wider seine Ueberzeugung einen Angeklagten verurteilt, der zwar tatsächlich schuldig, dessen Schuld aber zur Zeit des Urteils für den erkennenden Richter nicht erwiesen ist. (Nicht zu verwechseln mit dem Fall, daß die Schuld des Angeklagten erwiesen ist und nun der Richter gegen seine objektiv falsche Ueberzeugung den Angeklagten verurteilt: hier ist die Entscheidung objektiv rechtmäßig und wird durch die subjektive Auffassung des Richters auch nicht rechtswidrig, also nicht zur Rechtsbeugung.) Endlich bleiben der Strafbarkeit auf Grund des § 336 vorbehalten die oben (§ 6) berührten Fälle, in welchen ein Kollegialmitglied seiner Ueberzeugung zuwider zum Nachteil eines Unschuldigen abstimmt, ohne daß seine Abstimmung für den zustandekommenden Beschluß kausal wird.

3. Wenn nun auch nur der falsche Untersuchungsbeschluß, nicht die falsche Anklage unter den Begriff der Rechtsbeugung fällt und hieraus sich eine wesentliche Verschiedenheit der beiden Tatbestände ergiebt, so überwiegt doch entschieden der gemeinsame Inhalt. Wie sachlich sowohl die falsche Anklage als die falsche Untersuchung ungerechte Verfolgung, Bedrohung eines Unschuldigen mit der Gefahr eines Schuldspruchs ist, so ist formell betrachtet auch die falsche Anklage, wenn auch nicht richterliche Rechtsanwendung, wie der falsche Untersuchungsbeschluß, so doch Rechtsanwendung im allgemeinen Sinn, d. h. Subsumtion von Tatsachen (wirklichen oder hier auch behaupteten) unter das objektive Recht. Gewisse Gesichtspunkte, unter welche zunächst nur die Rechtsbeugung gebracht worden ist, sind hienach auch auf die falsche Anklage zu übertragen. Der Beamte, der mit seinem ungerechten Verfolgungsantrag oder -beschluß einen Unschuldigen zum Schuldigen machen will, kann dies tun entweder durch eine Verfälschung der Tatsachen, oder aber durch falsche Subsumtion der Tatsachen unter das objektive Recht, d. h. Unterstellung des Tatbestandes unter einen nicht einschlagenden oder einen nicht bestehenden Rechtssatz (vgl. Binding); als ein Fall der falschen Subsumtion (nicht als dritter, selbständiger Fall der falschen Rechtsanwendung) wird auch aufzufassen sein die bewußt falsche Rechtsauslegung.

Hier, zur Frage der Rechtsauslegung, mag es am Platze sein, in Kürze dem zu widersprechen, was Oppenheim (§ 10 a. a. O.) über „die Rechtsbeugung bei einer Entscheidung auf Grund kontroversen Rechts" ausführt, und was in dem Satze gipfelt: „Das will der Gesetzgeber in einem kontroversen Rechtssatz angeordnet haben, was der Richter, welcher vor der Entscheidung des einzelnen Falles steht, ausgerüstet mit den Mitteln wissenschaftlicher Kritik als den Inhalt jenes Rechtssatzes erkennt." Da nun der Richter nach seiner eigenen Ueberzeugung das Recht auszulegen und anzuwenden hat, so beugt er nach Oppenheim das Recht, sobald er nicht der eigenen Ueberzeugung, sondern etwa einer fremden Autorität folgt. Hier erhebt sich zunächst die Frage: was ist „kontroverses Recht"? Einen Teil des Rechts als „kontrovers" aus der ganzen Masse des Rechts ausscheiden zu wollen, wäre ja ein Unding; bei keinem Rechts-

satz ist es von vornherein ausgeschlossen, daß sich Zweifelsfragen an ihn knüpfen; wo bis heute noch kein Zweifel in der Literatur und Rechtsprechung sich erhoben hat, kann morgen in Theorie oder in Praxis mit oder ohne Grund ein solcher entstehen; wer kann überhaupt wissen, welches Recht in diesem Sinne schon kontrovers geworden ist und welches noch nicht? Hienach muß, wenn er überhaupt gilt, der Satz allgemein gelten: Recht soll sein, was der Richter nach seiner subjektiven Ueberzeugung als Recht erkennt.

Diese Auffassung aber, die an Stelle eines objektiv feststehenden Rechts die subjektive Ueberzeugung des Richters setzt, ist grundsätzlich ganz unmöglich; das Recht ist gar nicht anders denkbar denn als etwas von vornherein Feststehendes; es kann ja schon davon keine Rede sein, daß es erst in seiner Anwendung durch den Richter in Erscheinung träte. — Wie ließe sich nur die Einrichtung der Rechtsmittel anders erklären als damit, daß eine rechtliche Nachprüfung eines Urteils dahin möglich ist, ob es mit dem vorher feststehenden Inhalt des Gesetzes im Einklang steht? Wie könnte sonst ein Urteil rechtlich anfechtbar sein, das vom Richter nach bester Ueberzeugung gefällt wäre? Nach Oppenheim müßte es ja dann heißen: was ein Richter I. Instanz nach seiner Ueberzeugung für Recht befindet, ist Recht; wird aber ein Rechtsmittel eingelegt, so ist in derselben Sache Recht das, was der (noch klügere) Richter II. Instanz als Recht erkennt. — Wohl ist es richtig, daß der Richter seiner nach bestem Wissen und Gewissen gewonnenen Ueberzeugung zu folgen verpflichtet ist, und daß er pflichtwidrig handelt, wenn er anders verfährt; eine andere Frage ist es aber, ob seine Entscheidung dem objektiven Recht entspricht. Hierüber hätte gegebenenfalls das Gericht zu befinden, das einen Fall der Rechtsbeugung abzuurteilen hätte; seine Auffassung des Gesetzes wäre maßgebend für die Entscheidung der Frage, ob der Richter objektiv gesetzwidrig entschieden habe; erst wenn diese Frage bejaht wäre, könnte sich die weitere Frage erheben, ob vorsätzliche Rechtsbeugung vorliege.

Was hier für die Rechtsbeugung des § 336 ausgeführt worden ist, gilt entsprechend für die beiden Tatbestände des § 344.

II. Zwar nicht der falsche Untersuchungsbeschluß, wohl aber die falsche Anklage weist gewisse Berührungspunkte auf mit der falschen Anschuldigung des § 164 StGB. Beiden Tatbeständen gemeinsam ist die unwahre Beschuldigung, jemand habe eine strafbare Handlung begangen, verbunden mit der Gefahr oder auch der unmittelbaren Folge, daß der Beschuldigte den Nachteilen einer Strafverfolgung unterworfen wird, in letzter Linie mit der Gefahr eines ungerechten Schuldspruchs. Trotzdem sind die beiden Tatbestände in ihrem Wesen durchaus verschieden: während bei der falschen Anschuldigung des § 164 der Mißbrauch der Strafrechtspflege in einer Irreführung der Staatsorgane durch Privatpersonen besteht, ist die falsche Anklage Mißbrauch der Strafverfolgungsgewalt durch die Staatsorgane selbst. Auch liegt ein weiterer Unterschied darin, daß die falsche Anschuldigung im Gegensatz zur „Untersuchung" i. S. d. § 344 außer der Verletzung einer Amtspflicht nur kriminell strafbare Handlungen zum Gegenstande hat. Hienach ist es nicht angängig, de lege lata oder auch nur, wie Köhler es will, de lege ferenda die falsche Anklage als qualifizierten Spezialfall der falschen Anschuldigung zuzuweisen.

III. 1. Aehnlich wie bei der falschen Anschuldigung, kommt auch bei den Tatbeständen des § 344 Idealkonkurrenz mit Verleumdung (§ 187) in Frage. Zunächst erscheint es als zweifelhaft, ob überhaupt in der Anklage und dem Untersuchungsbeschluß (insbesondere Eröffnungsbeschluß) die Behauptung oder Verbreitung einer, möglicherweise ehrenrührigen Tatsache zu finden ist. Für den Eröffnungsbeschluß ist dies zu verneinen; dieser enthält nur die Feststellung, daß jemand einer Tat verdächtig sei, eine Feststellung, die aber nicht dritten Personen gegenüber ausgesprochen wird. Auch die Anklage enthält notwendig eigentlich nur die Behauptung, jemand sei einer strafbaren Handlung verdächtig; ob darin nicht zugleich die Behauptung der Tatsache selbst liegt, wird sich wohl nicht allgemein entscheiden lassen. Aber selbst soweit man etwa in der falschen Anklage die Behauptung einer Tatsache sehen kann, schließt sie doch eine Verleumdung nicht begrifflich in sich: einmal braucht die Unschuld i. S. § 344 nicht in der Unwahrheit der Tatsache begründet zu sein (der Strafanspruch kann aus

besonderen Gründen ausgeschlossen oder aufgehoben sein, z. B. Unzurechnungsfähigkeit, Verjährung), sodann ist auch eine strafbare Handlung nicht notwendig ehrenrührig i. S. d. § 187 (z. B. polizeiliche Uebertretungen, Zweikampf, Spionage zu Gunsten des eigenen Landes).

Obgleich man hienach streng logisch Idealkonkurrenz der falschen Anklage mit der Verleumdung für möglich ansehen müßte, so wird man trotzdem vom Normalfall, in welchem die falsche Behauptung einer strafbaren Handlung eine Verleumdung in sich schließt, ausgehend die Verleumdung als durch die falsche Anklage (immer vorausgesetzt, daß in dieser die Behauptung der strafbaren Handlungen gesehen werden kann) konsumiert ansehen dürfen (vgl. Binding, Handbuch S. 363 ff.).

2. Wenn nicht wider besseres Wissen erhoben, ist die falsche Anklage und die falsche Untersuchung nach dem Willen des Gesetzes als solche straflos, ebenso wie die fahrlässige Rechtsbeugung. Wie bei der nicht wissentlich falschen Strafanzeige, so ist nun auch bei der nicht wissentlich falschen Anklage in Erwägung zu ziehen, ob sie nicht doch strafbar sein kann unter dem Gesichtspunkt des § 186 StGB. Im Fall der falschen Anschuldigung sind hierüber bekanntlich die Meinungen geteilt. Während die herrschende Meinung (insbes. Olshausen, Frank, Reichsgericht) eine Strafbarkeit nach § 186 für grundsätzlich möglich und nur in der Regel durch § 193 ausgeschlossen hält, wollen andere, insbesondere Binding, die Strafbarkeit nach § 186 allgemein verneinen. Binding vertritt mit guten Gründen die Meinung, der Umfang der Verantwortlichkeit für Strafanzeigen sei in § 164 erschöpfend geregelt, die nicht wissentlich falsche Anzeige daher auch nicht als Beleidigung strafbar. Derselbe Gesichtspunkt gilt ihm in noch höherem Maße für die nicht wissentlich falsche Anklage, und mit Recht: das Gesetz stellt mit voller Absicht nur die vorsätzliche Rechtsbeugung, die wissentlich falsche Anklage und Untersuchung unter Strafe und läßt in anderen Fällen eine strafrechtliche Verantwortlichkeit und Nachprüfung des richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Handelns nicht zu. Eine solche Verantwortlichkeit darf daher auch nicht durch die Hintertüre des § 186 wieder hereingebracht werden.

IV. Hat sich der Beamte zu einem Verbrechen nach § 344

durch Bestechung verleiten lassen, so tritt nach überwiegender und richtiger Meinung (Olshausen, Frank, Binding u. a.; a. M. Meves in Holtzendorffs Handbuch u. a.) § 344 zu § 332 oder § 334 in Realkonkurreenz.

V. Wird zugleich mit der falschen Untersuchung eine Verhaftung beantragt oder beschlossen, so tritt § 344 mit § 341 in Idealkonkurrenz.

Durch das Verbrechen des § 344 kann auch vorsätzlich oder fahrlässig die Verurteilung des Unschuldigen herbeigeführt worden sein, u. zw. selbst dann, wenn auch der verurteilende Richter vorsätzlich das Recht gebeugt hat; denn dadurch, daß der Unschuldige vor dieses Gericht gestellt wurde, ist eben das ungerechte Urteil mitverursacht. Mit dem Urteil selbst sind aber dem Täter des § 344 auch die Folgen des Urteils in der Strafvollstreckung zur Last zu legen und je nachdem zum Vorsatz oder, soweit diese strafbar ist, zur Fahrlässigkeit zuzurechnen. Der Täter des § 344 kann sich auf diesem Wege außerdem des Mords, der fahrlässigen Tötung, der Freiheitsberaubung schuldig machen (vergl. hiezu die Ausführungen Bindings, Lehrbuch, § 222). Nach Binding sollen diese weiteren Verbrechen und Vergehen zu dem Verbrechen des § 344 in Realkonkurrenz treten. Dem ist jedoch zu widersprechen: zwar sind jene weiteren Delikte erst vollendet mit der Strafvollstreckung (bei der Freiheitsstrafe mit deren Beginn), aber es ist doch eine und dieselbe Handlung, welche den Tatbestand des § 344 erfüllt, und zugleich die Ursache setzt zur Tötung, zur Freiheitsberaubung; an Stelle von Realkonkurrenz ist daher wohl richtiger Idealkonkurrenz anzunehmen.

B. Besonderer Teil.

Im folgenden sollen die einzelnen Arten und Stadien des Strafverfahrens, dem sich dabei das Disziplinarverfahren anschließt, unter dem Gesichtspunkt der Anwendbarkeit des § 344 StGB. geprüft werden. Auf schon Ausgeführtes wird dabei im allgemeinen nur zurückzuverweisen sein, ohne daß Wiederholungen ganz zu vermeiden sein werden.

§ 12.

I. Das ordentliche Verfahren der Strafprozeßordnung.

1. Das Verfahren I. Instanz.

a) Keine unter § 344 fallende Untersuchung sind das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren der §§ 158 ff. StPO. und die polizeilichen Ermittlungshandlungen des § 161: diese beiden Arten des Verfahrens sind zwar ihrem Wesen nach „Untersuchung", werden aber weder „beantragt" noch „beschlossen" (s. o. § 6, II.). Aber auch die dem Ermittlungsverfahren angehörenden amtsrichterlichen Untersuchungshandlungen, seien sie nun auf Antrag der Staatsanwaltschaft (§ 160) oder von Amts wegen (§ 163) oder auf Antrag des Beschuldigten (§ 164) vorgenommen, können, wenn auch gewisse Formvorschriften über die Voruntersuchung auf sie Anwendung finden (§§ 166, 167), nicht unter § 344 StGB. fallen; einzelne Untersuchungshandlungen sind keine „Untersuchung" (s. o. § 3). Zudem hat der Amtsrichter solche von der Staatsanwaltschaft beantragten Untersuchungshandlungen nur auf ihre prozeßordnungsmäßige Zulässigkeit, nicht auf „Schuld oder Unschuld" zu prüfen; soweit diese Handlungen hienach zulässig sind, ist er sie vorzunehmen verpflichtet, er handelt damit also auch Unschuldigen gegenüber nicht rechtswidrig. Ebenso handelt er nicht rechtswidrig, wenn er Beweiserhebungen auf Antrag des Beschuldigten zu dessen Entlastung vornimmt (§ 164).

b) Die Erhebung der öffentlichen Klage durch Antrag auf gerichtliche Voruntersuchung oder durch Einreichung einer Anklageschrift (§ 168) ist Beantragung der Eröffnung einer Untersuchung i. S. d. § 344 StGB. Die Rechtswidrigkeit entfällt hiebei, wenn die Klage erhoben wird auf Anweisung des vorgesetzten Beamten, insbesondere im Falle des § 170, oder auf Grund eines Gerichtsbeschlusses gemäß § 173 (Näheres s. o.). Das Gericht, das einen Beschluß i. S. d. § 173 faßt, beschließt damit noch nicht die Eröffnung einer Untersuchung, die ja vielmehr auf Grund dieses Beschlusses beantragt werden soll.

c) Die Eröffnung der Voruntersuchung erfolgt zwar durch „Verfügung" (§ 179); doch ist auch dies i. S.

d. § 344 StGB. ein „Beschließen der Eröffnung einer Untersuchung". Die Eröffnung einer Voruntersuchung wäre aber auch gegenüber einem als unschuldig Bekannten regelmäßig nicht rechtswidrig; die Unschuld des Beschuldigten kann und muß der Untersuchungsrichter, der sich über die Eröffnung der Voruntersuchung schlüssig zu machen hat, nur berücksichtigen innerhalb der Grenzen des § 178 Abs. 1 StPO., soweit also die Strafverfolgung unzulässig ist oder die im Antrag bezeichnete Tat unter kein Strafgesetz fällt. Einerseits gehören nicht alle Fälle der Unschuld einer dieser beiden Gruppen an; andererseits kann die Unzulässigkeit der Strafverfolgung ebensogut auf Gründen beruhen, die keine „Unschuld" bedeuten. Die Verjährung z. B. ist, soweit sie als Strafaufhebungsgrund anzusehen ist, auch „Unschuld"; der Mangel des Antrags ist nur Mangel einer Prozeßvoraussetzung, also nicht „Unschuld". Der Untersuchungsrichter kann sich demnach eines Verbrechens i. S. d. § 344 StGB. schuldig machen, wenn er gegen einen Angeschuldigten, von dem er weiß, daß er aus einem der nach § 178 StPO. zu berücksichtigenden Gründe unschuldig ist, die Voruntersuchung eröffnet, anstatt gemäß § 178 Abs. 2 die Entscheidung des Gerichts herbeizuführen. Auch das Gericht, welches (auf Vorlage durch den Untersuchungsrichter oder Einwand des Angeschuldigten i. S. d. § 179) die Eröffnung der Voruntersuchung beschließt, oder welches der sofortigen Beschwerde des § 181 stattgibt, kann das Verbrechen des § 344 begehen, ebenso wie in dieser sofortigen Beschwerde selbst ein Antrag i. S. d. § 344 (möglicherweise in fortgesetzter Handlung) liegen kann.

Wenn die Voruntersuchung gemäß § 176, Abs. 2, Ziff. 2 zur Vorbereitung der Verteidigung des Beschuldigten beschlossen wird (evtl. auf sofortige Beschwerde gemäß § 181), so wird zum Verbrechen des § 344 die Rechtswidrigkeit fehlen. Untersuchungshandlungen, welche nach § 189 die Voruntersuchung zunächst nur tatsächlich ausdehnen, sind noch nicht Eröffnung einer weiteren Voruntersuchung; der förmliche Antrag und Beschluß müssen erst hinzutreten. Eine Ergänzung der Voruntersuchung nach § 195 ist „Fortsetzung einer Untersuchung"; durch die Absicht der Entlastung wird die Rechtswidrigkeit des hierauf gerichteten Antrags ausgeschlossen.

d) Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens:

Der Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens nach vorangegangener Voruntersuchung durch Einreichung einer Anklageschrift ist „Beantragung der Fortsetzung einer Untersuchung". Das Gericht beschließt die Eröffnung bezw. Fortsetzung einer Untersuchung, wenn es gemäß § 200 die Eröffnung oder Ergänzung einer Voruntersuchung anordnet, nicht aber, wenn es sich auf die Anordnung einzelner Beweiserhebungen beschränkt. Der Beschluß, das Hauptverfahren zu eröffnen (§ 201), hat, je nachdem eine Voruntersuchung stattgefunden hat oder nicht, die Bedeutung einer Fortsetzung oder Eröffnung einer Untersuchung. Die Einreichung einer Anklageschrift nach ergangenem Eröffnungsbeschluß (§ 206) enthält keinen Antrag auf Eröffnung der Untersuchung mehr. Auch die sofortige Beschwerde des § 209 und der darauf ergehende Eröffnungsbeschluß können einen Antrag bezw. Beschluß i. S. d. § 344 enthalten.

In den Fällen des § 211 liegt der Antrag auf Eröffnung der Untersuchung und der dementsprechende Beschluß in der mündlich erhobenen Anklage und dem darauf folgenden Eintritt in die Hauptverhandlung. Dasselbe gilt entsprechend im Falle des § 265.

e) Hauptverhandlung:

Anträge der Staatsanwaltschaft und Beschlüsse des Gerichts in der Hauptverhandlung, welche einzelne Beweiserhebungen betreffen, haben, wenn sie auch eine Verlängerung der Untersuchung zur Folge haben, doch nicht die „Fortsetzung der Untersuchung" zum Gegenstand und können nicht unter § 344 fallen. Daß die Schlußvorträge des Staatsanwalts und vollends das Urteil selbst nicht mehr hieher gehören, ist oben (§ 3) eingehend ausgeführt.

2. Das Rechtsmittelverfahren:

Der Staatsanwalt, der ein Rechtsmittel zu Ungunsten des Beschuldigten einlegt, beantragt hiemit die Fortsetzung der (in I. Instanz begonnenen, aber nicht rechtskräftig beendigten) Untersuchung und kann sich hierdurch eines Verbrechens i. S. d. § 344 StGB. schuldig machen; daß die angefochtene Entscheidung auch zu Gunsten des Beschuldigten abgeändert werden kann (§ 343 StPO.), schließt natürlich den Nachteil für den Unschuldigen

nicht aus: schon in I. Instanz kann ja auch Freisprechung erfolgen.

Sofern nun weiter im Rechtsmittelverfahren überhaupt von einem Beschluß auf Fortsetzung der Untersuchung die Rede sein kann (zu beachten ist, daß nicht das Gericht, sondern der Vorsitzende den Termin ansetzt), findet bei diesem Beschluß irgend eine Vorprüfung von Schuld oder Unschuld nicht statt, vielmehr muß das Verfahren durch die Terminansetzung fortgesetzt werden, wenn das Rechtsmittel nur prozessual zulässig ist. Als einziger Fall, in welchem das Gericht zur Fortsetzung des Verfahrens nicht gesetzlich genötigt und ein Verbrechen i. S. d. § 344 denkbar ist, wäre wohl folgender zu nennen: der Angeklagte, welcher unschuldig ist, wurde in I. Instanz freigesprochen; die Staatsanwaltschaft hat hiegegen Berufung (oder Revision) eingelegt; das Gericht könnte dieses Rechtsmittel wegen Formmangels gemäß § 363 (§ 389) StPO. als unzulässig verwerfen; trotzdem ihm dieser Umstand und ebenso die materielle Unschuld des Angeklagten bekannt ist, lehnt es diesen Beschluß ab und bringt die Sache zur Hauptverhandlung. Es beschließt damit die Fortsetzung der Untersuchung, zweifellos zum Nachteil des Angeklagten; ob auch rechtswidrig? — Zwar kann das Gericht nur das unzulässige Rechtsmittel durch Beschluß verwerfen; allein der Richter handelt auch dann rechtswidrig (beugt das Recht), wenn er von seinem richterlichen Ermessen, wo das Gesetz dieses für maßgebend erklärt, bewußt nicht den vom Gesetz gewollten, sachgemäßen Gebrauch macht (vergl. Oppenheim, S. 74 ff.). Derselbe Gesichtspunkt greift in den Fällen der §§ 369 Abs. 1, 394 Abs. 1 StPO. durch, wenn das Gericht zum Nachteil des Unschuldigen die Sache, wo es zu Gunsten des Beschuldigten selbst entscheiden könnte und sollte, an die Vorinstanz zurückverweist.

3. Das Wiederaufnahmeverfahren:

Beim Wiederaufnahmeverfahren handelt es sich um Eröffnung einer neuen, nicht Fortsetzung der alten, ja rechtskräftig beendigten Untersuchung. Eine falsche Anklage i. S. d. § 344 StGB. kann demnach liegen in dem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Wiederaufnahme zu Ungunsten eines Angeklagten (§§ 402, 405, vergl. m. §§ 338, 343 StPO.). Weiter entsteht

die Frage, ob der Beschluß gemäß § 409 StPO., welcher den Antrag auf Wiederaufnahme für an sich zulässig erklärt und die Aufnahme der angetretenen Beweise anordnet, schon die Eröffnung einer Untersuchung bedeutet. Diese Beweisaufnahme steht nach § 409, Abs. 3 der Voruntersuchung gleich hinsichtlich der Berechtigung der Beteiligten zur Anwesenheit; sie steht ihr aber auch gleich in ihrem Zweck, die Grundlage zu schaffen für die Entscheidung, ob es zu einem Hauptverfahren kommen soll (vergl. Bennecke-Beling S. 605). Bedenken könnte erregen, daß das Gesetz nur von Aufnahme der angetretenen Beweise spricht, und daß einzelne bestimmte Beweiserhebungen noch keine „Untersuchung" bilden (s. o. § 3, III). Allein dem steht gegenüber, daß der beauftragte Richter des § 409 auf die vom Antragsteller angetretenen Beweise nicht beschränkt ist (s. Bennecke-Beling u. a.), so daß auch hierin die Beweisaufnahme des § 409 der Voruntersuchung gleichsteht, der Beschluß i. S. d. § 409 Abs. 1 also die Eröffnung einer Untersuchung bedeutet. Der Wiederaufnahmebeschluß i. S. d. § 410, Abs. 2 steht der Eröffnung des Hauptverfahrens in I. Instanz (mit oder ohne Voruntersuchung, also je nachdem „Fortsetzung" oder „Eröffnung einer Untersuchung") gleich. Die Schuld oder Unschuld eines Beschuldigten bleibt aber in den Beschlüssen der §§ 409 und 410 außer Betracht, insofern in dem einen Fall nur die Zulässigkeit des Antrags, in dem anderen Fall nur das Vorliegen der Wiederaufnahmegründe und in den Fällen des § 402, Ziff. 1 und 2 die Kausalität dieser Gründe für das Urteil zu prüfen sind; treffen diese Bedingungen zu, so sind die Beschlüsse rechtmäßig, auch wenn sie den Unschuldigen treffen.

§ 13.

II. Besondere Arten des Verfahrens nach StPO.

1. Das Privatklageverfahren:

In der bloßen Uebernahme der Verfolgung, d. i. Uebernahme der Parteirolle, durch die Staatsanwaltschaft liegt noch kein Antrag, also keine falsche Anklage; mit der Uebernahme der Verfolgung kann sich jedoch eine falsche Anklage, auch nachdem die Privatklage schon erhoben ist, verbinden in der Form der sofortigen Beschwerde gegen die Nichteröffnung des Hauptver-

fahrens, oder in der Form eines Rechtsmittels (§ 417, Abs. 2, vergl. mit §§ 209, 338 StPO.): hiefür, wie für die Eröffnung des Hauptverfahrens auf die Privatklage hin gelten keine hier in Betracht kommenden Besonderheiten.

2. Der amtsrichterliche Strafbefehl ist seinem Wesen nach Verurteilung, jedoch unmittelbar anschließend an das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren, ohne vorheriges richterliches Schuldfeststellungsverfahren; er ist also weder selbst „Untersuchung", noch geht ihm eine „Untersuchung" voraus. Wohl aber ist der staatsanwaltschaftliche Antrag auf Erlassung des Strafbefehles als „Antrag auf Eröffnung einer Untersuchung" zu betrachten, da er eventuell (für den Fall, daß der Erlassung des Strafbefehls Bedenken entgegenstehen) auf Eröffnung des Hauptverfahrens gerichtet ist. Die Eröffnung des Hauptverfahrens selbst ist wie im ordentlichen Verfahren zu beurteilen. Wird auf erfolgten Einspruch die Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht anberaumt (§ 451), so hat dieser Beschluß die Bedeutung eines Eröffnungsbeschlusses, kann aber, weil gesetzlich geboten, nicht rechtswidrig sein.

3. Der polizeilichen Strafverfügung geht eine „Untersuchung" gleichfalls nicht voraus; die der Vorbereitung der Strafverfügung dienenden polizeilichen Ermittlungen stehen dem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren gleich (vergl. Art. 18 Württ. Pol.-Strafverfügungsges. vom 12. VIII. 79/ 4. VII. 98, § 159 StPO.). Im Falle des Antrags auf gerichtliche Entscheidung gilt dasselbe wie beim Einspruch (§ 456).

4. Das Verfahren in Zoll- und Steuerstrafsachen ist, wie das Verfahren bei polizeilichen Strafverfügungen, durch § 6, Ziff. 3 EGStPO. der landesrechtlichen Regelung (bezüglich des Strafbescheids im Rahmen der § 459 ff. StPO.) überlassen. Für Württemberg ist maßgebend das Fiskal-Strafprozeßgesetz vom 25. Aug. 1879. — Art. 1 dieses Gesetzes sieht zunächst eine „Feststellung des Erfunds durch Aufnahme eines Protokolls" durch die Zoll- und Steuerbeamten vor, welche auch „die weiteren für die Untersuchung erforderlichen, keinen Aufschub gestattenden Maßregeln" zu treffen haben. Dieser Feststellung des Erfunds, welche noch nicht als „Untersuchung", sondern als bloßes Ermittlungsverfahren zu betrachten ist, folgt nun gemäß Art. 11,

13 ff. die weitere Behandlung durch die Hauptämter. Diese machen sich, wenn überhaupt genügender Grund zum strafrechtlichen Einschreiten vorhanden ist, zuerst darüber schlüssig, ob sie die Sache mit dem Antrag auf gerichtliche Verfolgung der Staatsanwaltschaft übergeben (Art. 8, 10) oder selbst eine Untersuchung mit dem Ziel eines Strafbescheids führen wollen. Jener Antrag, der sich ja erst an eine andere Anklagebehörde richtet, ist selbst noch keine Anklage, kein Antrag auf Eröffnung einer Untersuchung; die Anklage soll ja erst die Staatsanwaltschaft erheben. Wohl aber kann im Fall der Ablehnung ihres Antrags die Verwaltungsbehörde selbst Anklage erheben, § 464 StPO.; auch kann sie im Falle ihres Anschlusses als Nebenklägerin (§ 467) durch Einlegung eines Rechtsmittels einen Antrag auf Fortsetzung der Untersuchung stellen. — Die Untersuchung im Verwaltungsweg (Art. 13 ff.) mit folgender Erlassung eines Strafbescheids steht dem Verfahren bei Erlassung einer polizeilichen Strafverfügung gleich (vergl. insbesondere Art. 13, Abs. 3 des Fiskalstrafgesetzes mit Art. 18 des Polizeistrafverfügungsgesetzes und § 159 StPO.), ist also auch, wie dieses, keine „Untersuchung"; eine solche folgt hier wie dort erst im Falle des Antrags auf gerichtliche Entscheidung.

§ 14.

III. Verfahrensarten außerhalb der Strafprozeßordnung.

1. Verwaltungsstrafverfahren:

a) In Poststrafsachen besteht ein Strafverfahren, welches ähnlich geregelt ist wie das geschilderte Verfahren in Zoll- und Steuerstrafsachen: entweder „Verweisung zum gerichtlichen Verfahren" oder summarische Untersuchung durch die Postbehörde selbst mit folgendem Strafbescheid: in letzterem Falle findet ein Untersuchungsantrag oder -beschluß nicht statt (vergl. § 13 GVG., Reichspostgesetz vom 28. Okt. 1871, §§ 34 ff., auch für Württemberg geltend auf Grund Art. 52 Abs. 2 RV.).

b) Ueber das Verfahren vor den Seemannsämtern vergl. Seemannsordnung v. 2. Juni 1902, § 122 ff., in Verbindung mit der Verordnung betr. das Verfahren vor den Seemannsämtern v. 13. März 1903: hier erfolgt die Einleitung

des mündlichen, öffentlichen Verfahrens durch einen eingehend geregelten Beschluß des Seemannsamtes, §§ 1 ff. der genannten Verordnung, der die Stelle des Eröffnungsbeschlusses vertritt, und dem im Falle des § 5 der Eintritt in die Verhandlung gleichsteht.

2. Das Verfahren vor den Konsular- und Schutzgebietsgerichten:

a) Vergl. §§ 52 ff. des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit: der Konsul nimmt hier eine eigenartige, teils staatsanwaltschaftliche, teils richterliche Stellung ein. Eine öffentliche Klage und damit ein Antrag auf Untersuchungseröffnung findet nicht statt, auch keine Voruntersuchung; wohl aber eine „Verfügung des Konsuls über die Einleitung des Strafverfahrens gegen den Beschuldigten", § 58 Abs. 1. Diese Verfügung ist als „Beschluß, die Untersuchung zu eröffnen", aufzufassen. Der hievon zu unterscheidende Beschluß, durch den das Hauptverfahren eröffnet wird, § 58 Abs. 2, ist, je nachdem eine Verfügung nach Abs. 1 schon vorangegangen ist oder nicht, Beschluß der Fortsetzung oder der Eröffnung einer Untersuchung. Endlich steht dem Konsul nach § 65 die Einlegung der Rechtsmittel zu.

b) Entsprechend geregelt ist das Strafverfahren in den Schutzgebieten, mit der Abweichung, daß hier bei Verbrechen und Vergehen die Mitwirkung eines Staatsanwalts bei der Hauptverhandlung in I. Instanz, bei der Einlegung von Rechtsmitteln und bei dem Verfahren in II. Instanz eintritt (s. Schutzgebietsges. vom 25. Juli 1900, §§ 3, 6 Ziff. 2a, vergl. m. § 5 Abs. 1 der Kaiserl. Verordnung, betr. die Rechtsverhältnisse in den deutschen Schutzgebieten vom 9. Nov. 1900).

3. Das Militärstrafverfahren:

Das Ermittlungsverfahren (§ 156 MStGO.) steht dem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren gleich und ist keine antrags- und beschlußmäßige „Untersuchung" i. S. d. § 344 StGB. Der „Antrag", den nach abgeschlossenem Ermittlungsverfahren der Untersuchungsführer gemäß § 243, Satz 2 seinem Bericht anzuschließen hat, ist keine Anklage, überhaupt kein Antrag einer Anklagebehörde an eine andere, richterliche Behörde, sondern nur ein Vorschlag von innerdienstlicher Be-

deutung (ein Votum) innerhalb einer und derselben Behörde.

Die Anklageverfügung des Gerichtsherrn (§§ 250, 254) steht dem Eröffnungsbeschluß des ordentlichen Verfahrens gleich. Für die Vollendung eines hiedurch begangenen Verbrechens i. S. d. § 344 StGB., 2. Fall wäre wohl maßgebend die Vorschrift des § 258, wonach mit der Bekanntmachung der Anklageverfügung an den Beschuldigten (§§ 256, 257) die Anklage als erhoben gilt. Die Anklageschrift (§ 255) bildet nur eine Ergänzung der Anklageverfügung und enthält keinen „Antrag" wie die Anklageschrift im ordentlichen Strafverfahren. Auch hier kann dagegen die Einlegung von Rechtsmitteln unter § 344 fallen.

Bei falschen Verfolgungsverhandlungen eines Gerichtsherrn kann die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sein durch Anweisung des höheren Gerichtsherrn gemäß § 24. Die Mitverantwortlichkeit des richterlichen Militärjustizbeamten für Entscheidungen und Verfügungen des Gerichtsherrn, welche auch für die strafrechtliche Verantwortlichkeit i. S. d. § 344 StGB. von Bedeutung ist, ist geregelt in § 97. Die Strafverfügung nach §§ 349 ff. entspricht teils der polizeilichen Strafverfügung nach § 453 ff. StPO. (nur bei Uebertretungen; zulässige Strafen; kein Antrag einer Anklagebehörde), teils dem amtsrichterlichen Strafbefehl nach § 447 ff. StPO. (die erlassende Behörde ist eine richterliche; gegen die Verfügung findet „Einspruch" statt). Eine „Untersuchung" wird dabei weder beantragt noch beschlossen.

4. Auch das Disziplinarverfahren gehört, wie oben schon ausgeführt, hieher, sofern dabei nach der Gestaltung des Verfahrens Anträge und Beschlüsse i. S. d. § 344 StGB. stattfinden. Dies trifft insbesondere zu für das Verfahren nach dem Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873, §§ 84 ff.: die Verfügung der Einleitung eines „förmlichen Disziplinarverfahrens" ist ein „Beschluß der Eröffnung einer Untersuchung". Für Württemberg treffen die Art. 81 ff. des Beamtengesetzes vom 28. Juni 1876/1. Aug. 1907 eine dem Reichsbeamtengesetz entsprechende Regelung.

5. Als nicht unter den Begriff der „Untersuchung" fallend ist auszuscheiden jede Art des Verfahrens im Verwal-

tungswege, welche nicht die Verhängung von Schuldfolgen (Strafen i. w. S.) zum Ziel hat, auch wenn sie sich mit der Ermittlung von strafbaren Handlungen beschäftigt, wie das Verfahren des § 55 StGB. (Näheres s. o. §§ 2, 3).

§ 15. Schluß:

Abänderungsvorschläge und Vorentwurf.

I. Binding und Köhler tadeln die Zusammenfassung zweier verschiedenartiger Verbrechen, der falschen Anklage und der falschen richterlichen Untersuchung, in dem einen § 344 StGB. Köhler insbesondere befürwortet die Einbeziehung der falschen richterlichen Untersuchung in den Tatbestand der Rechtsbeugung, während die falsche Anklage als ein durch die Beamteneigenschaft des Täters qualifizierter Spezialfall der falschen Anschuldigung zuzuweisen sei. Letzterer Forderung ist schon oben widersprochen worden: im ganzen aber krankt die Auffassung Bindings und Köhlers daran, daß sie die formelle Gestalt der beiden Tatbestände gegenüber dem materiellen Gehalt allzustark betont. Die falsche Anklage einerseits, der falsche richterliche Beschluß (die Rechtsbeugung) andererseits sind doch nur die verschiedene Form der beiden Tatbestände; der gemeinsame Inhalt besteht darin, daß dabei ein Unschuldiger in die Nachteile einer strafrechtlichen Verfolgung verwickelt und der Gefahr eines ungerechten Schuldspruchs ausgesetzt wird. Dies ist, kann man auch sagen, der Zweck, jenes (Anklage und Beschluß) nur das Mittel bei den Verbrechen des § 344.

II. Hinreichende innere Gründe für die Scheidung der beiden Tatbestände, wie sie sich aus den Worten „beantragen" und „beschließen" notwendig ergibt, und für die sich hieran weiter anschließende, notwendig mehr oder weniger formalistische, darum aber auch willkürliche und vielfach unbefriedigende Kasuistik, insbesondere aber auch für die sich ebenfalls aus den Tatbestandmerkmalen „beantragen" und „beschließen" ergebende Ausscheidung einzelner Verfahrensstadien wie des Ermitlungsverfahrens, bestehen nicht. Dementsprechend hat nun der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch diese formalistische Gestaltung

des Tatbestandes gänzlich fallen lassen und diesen lediglich nach seinem Inhalte gekennzeichnet[1]).

§ 201 VE. enthält, soweit er uns hier interessiert (Ziff. 2, 1. Hälfte), nur einen Tatbestand, innerhalb dessen „zur Verfolgung" und „zur Bestrafung bringen" nur zwei verschiedene Modalitäten bedeutet. Verglichen mit § 344 StGB. ist der Tatbestand des § 201 VE. zwar insofern etwas verengt, als unter „strafbarer Handlung" wohl nur die kriminell strafbare Handlung verstanden werden kann, in der Hauptsache aber erweitert durch das Hinzutreten einerseits des Ermittlungsverfahrens, andererseits der falschen Verurteilung, bei welcher das Verbrechen des § 201 VE. mit dem Verbrechen der Rechtsbeugung nach § 200 in Idealkonkurrenz tritt; auf diese Weise ist auch das bisherige Mißverhältnis der Strafdrohungen des § 344 und des § 336, unter welchen die falsche Verurteilung bis jetzt ausschließlich fiel, beseitigt. Auch können alle Grade der Strafwürdigkeit vom leichtesten Fall, wie er etwa im Ermittlungsverfahren denkbar ist, bis zur schwersten falschen Verurteilung innerhalb der Strafrahmen des § 201 VE. (und vollends des Gegenentwurfs) durchaus genügend zur Berücksichtigung kommen.

Als Täter kommen vermöge des veränderten Beamtenbegriffs — Beamter ist nicht mehr der „Angestellte" (§ 359 StGB.), sondern der „zur Ausübung eines öffentlichen Amtes Berufene" (§ 12 Ziff. 3 VE.) — auch Schöffen und Geschworene in Betracht: diese nur bei der falschen Verurteilung, jene auch gelegentlich bei Beschlüssen prozeßleitender Art, wie z. B. im Fall des § 265 StPO.; wie der Begriff des „Beamten", so ist ja übrigens auch der Begriff des „Richters" im Vorentwurf (§§ 198,

---

1) § 201 des Vorentwurfes (und mit ihm im Tatbestande wörtlich übereinstimmend § 162 des Gegenentwurfs) bestimmt nämlich: „Ein Beamter, der bei der Verfolgung strafbarer Handlungen mitzuwirken hat, wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren, bei mildernden Umständen mit Gefängnis nicht unter 1 Monat bestraft, wenn er

1. Zwangsmittel anwendet, um Aussagen zu erpressen (bisher § 343 StGB.),

2. wider besseres Wissen einen Unschuldigen zur Verfolgung oder Bestrafung bringt (bisher § 344 StGB.) oder einen Unschuldigen der Verfolgung oder Bestrafung entzieht (bisher § 346, erster und zweiter Fall)".

Die Erwähnung der mildernden Umstände mußte in § 162 GegEntw. wegfallen, weil der GegEntw. diese, sowie die „besonders leichten Fälle" in seinen allgemeinen Teil verweist (§§ 87, 88; vergl. auch § 83).

199) ausgedehnt auf jeden „zur Ausübung des Richteramts Berufenen".

Wie sind nun bei dem uns beschäftigenden Tatbestand des § 201 VE. die Modalitäten „zur Verfolgung" und „zur Bestrafung bringen" gegeneinander abzugrenzen? — Nicht formell nach Prozeßhandlungen oder Prozeßabschnitten, sondern nach dem Erfolg, danach also, ob eine Verfolgungshandlung — sei sie nun Ermittlungsverfahren oder „Untersuchung" i. S. d. bisherigen § 344 StGB. oder Verurteilung — die Bestrafung des Unschuldigen zur Folge (bezw. zum Inhalt) gehabt hat oder nicht.

Vollendet ist der Tatbestand i. S. der ersten Alternative mit jeder Verfolgungshandlung, i. S. der zweiten Alternative mit der Verurteilung (zum mindesten mit der rechtskräftigen): denn diese, nicht erst die Strafvollstreckung, ist mit der „Bestrafung" gemeint; sonst wäre die falsche Verurteilung als solche stets nur Versuch und würde zur Vollendung erst durch einen weiteren Umstand, der häufig gar nicht in der Hand des Verurteilenden liegt, vor allem aber auf Grund des rechtskräftigen Urteils mit gesetzlicher Notwendigkeit einzutreten hat; die Vollendung des Verbrechens läge sonach gerade im Hauptfall durchaus außer der Macht des Täters und könnte z. B. im Fall der Begnadigung überhaupt nicht eintreten. — Die Strafvollstreckung selbst ist, soweit ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, nicht rechtswidrig; soweit sie rechtswidrig ist, gilt ihr die besondere Strafdrohung des § 202 VE. (bisher § 345 StGB.). Wegfallen konnte bei dem Tatbestande des § 201 VE. das Merkmal „zum Nachteil", so daß auch die hierin begründeten Zweifelsfragen ihre Erledigung finden.

Der Begriff der „Unschuld" ist auch hier ein relativer, gemessen an der dem Beschuldigten zur Last gelegten Straftat. Daß unter Unschuld dabei zu verstehen ist nicht jede andere Art von Schuld als die behauptete, sondern nur die leichtere Schuld, ergibt sich daraus, daß doch auch hier die falsche Verfolgung als ein Nachteil für den Beschuldigten zu denken ist, vor welchem dieser durch die Strafbestimmung geschützt werden soll, und vor allem aus der Gegenüberstellung mit dem zweiten Fall: „wer einen Unschuldigen der Verfolgung oder Bestrafung entzieht". Diese beiden Tatbestände von Verfehlungen gegen die

Pflicht gerechter Strafverfolgung ergänzen sich ganz offenbar in der Art, daß in beiden Fällen Schuld und Unschuld relativ zu verstehen und im ersten Fall der gänzlich zu Unrecht unternommenen Verfolgung die das Maß der tatsächlichen Schuld übersteigende Verfolgung, im andern Fall der zu Unrecht gänzlich unterlassenen Verfolgung die hinter dem Maß der tatsächlichen Schuld zurückbleibende Verfolgung gleichzustellen ist. —

III. Nach alledem würde durch die Fassung des Vorententwurfs der gewiß berechtigte Wunsch erfüllt, auch an dieser Stelle alte Anstände und Zweifel beseitigt und unter Vermeidung unnötiger Kasuistik einen lückenlosen und übersichtlichen Tatbestand in Verbindung mit einem nicht zu engen, allen Fällen genügenden Strafrahmen aufgestellt zu sehen. In der Hauptsache aber — mit diesem Wunsche wollen wir den Gegenstand verlassen — möge es ruhig beim Alten bleiben: nämlich darin, daß diese gewiß unentbehrlichen Strafbestimmungen ihren Zweck damit erfüllen, die schwere Strafwürdigkeit der von ihnen umfaßten Verfehlungen grundsätzlich festzustellen und, wo dies nötig sein sollte, als Warnungszeichen zu dienen, ohne aber in irgend erheblichem Umfang zu praktischer Anwendung zu gelangen.